

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'immunité pénale des collectivités publiques est-elle « constitutionnellement correcte » ?

Nihoul, Marc

Published in:
Revue de droit pénal et de criminologie

Publication date:
2003

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Nihoul, M 2003, 'L'immunité pénale des collectivités publiques est-elle « constitutionnellement correcte » ?',
Revue de droit pénal et de criminologie, p. 799-839.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'immunité pénale des collectivités publiques est-elle «constitutionnellement correcte»?

Introduction

Dernièrement, la Cour d'arbitrage a validé le dispositif de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales¹ en

(1) Sur la loi, v. F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal (aspects juridiques et criminologiques)*, 6^e éd., Bruxelles, Story-Scientia, 1999, pp. 386 à 390; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, boek 1, Antwerpen, Maklu, 1999, pp. 103 à 114; H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 2^e éd., Bruges, La Chartre, 2001, pp. 106 à 110; J. MESSINNE, *Droit pénal*, vol. II, 5^e éd., Bruxelles, P.U.B., 2001, pp. 112 à 119.

V. plus particulièrement F. DERUYCK, «La loi du 4 mai 1999 sur la responsabilité pénale des personnes morales», *R.D.C.*, 1999, pp. 653 à 657; A. MASSET, «La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales: une extension du filet pénal modalisée», *J.T.*, 1999, pp. 653 à 660; J. MEESE, «Toelichting bij de wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen», in E. BREWAEYS (ed.), *Recente wetgeving 1998-99*, Gent, Mys & Breesch, 1999, pp. 14 à 21; G. STESENS, «De wet van 4 mei 1999. Een eerste schets van het beginsel van strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen», *Vennootschapsrecht & Fiscaliteit*, 1999, pp. 224 à 238; P. TRAEST, «De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen», *T.R.V.*, 1999, pp. 451 à 489; A. DE NAUW et F. DERUYCK, «De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen», *R.W.*, 1999-2000, pp. 897 à 914; H. VAN BAVEL, «De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen», *A.J.T.*, 1999-2000, pp. 209 à 226; J. MESSINNE, «Propos provisoires sur un texte curieux: la loi du 4 mai 1999 instituant la responsabilité pénale des personnes morales», *Rev. dr. pén.*, 2000, pp. 637 à 659; du même auteur, «La responsabilité pénale des personnes morales en droit belge au regard de la protection des intérêts financiers des Communautés européennes», in *Vers un espace judiciaire pénal européen* (actes de colloque), Bruxelles, U.L.B., 2000, pp. 277 à 291; S. VAN GARSSE, «De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen», *C.D.P.K.*, 2000, pp. 347 à 359; P. WAETERINCKX, «De cumulation van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon met die van de natuurlijke persoon», *R.W.*, 2000-2001, pp. 1217 à 1229; L. DUPONT, «De euro in het strafrecht en de strafbaarheid van rechtspersonen», in *Straf(proces)recht*, Brugge, die Keure, 2001, sp. pp. 8 à 27; K. GERARD, «La loi du 4 mai 1999 relative à la responsabilité pénale des personnes morales», *Journ. proc.*, 23 mars 2001, pp. 16 à 18; J. VAN DEN BERGHE, «Praktijkproblemen en een proeve van oplossing bij de toepassing van de Wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen», in *Straf recht? – Strafrecht. Actuele tendensen*, Antwerpen, Maklu, 2001, pp. 135 à 167.

V. encore *Les sociétés bientôt punissables. Quel impact sur la vie des entreprises?*, Bruxelles, Bruylant, 1999, sp. les contributions de P. HAMER et S. ROMANIELLO, «La responsabilité pénale des personnes morales: principes» (pp. 13 à 36), F. DERUYCK, «Vennootschappen weldra strafbaar» (pp. 37 à 44), D. ROEF, «De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in het milieustrafrecht» (pp. 65 à 173), F. KEFER, «La responsabilité pénale dans l'entreprise et le droit social» (pp. 175 à 218); *La*

responsabilité pénale des personnes morales: punir plus ou punir mieux les entreprises? (journée d'étude), Skyroom events, 28 juillet 1999 (format cartonné); H.-D. BOSLY et T. BOSLY, «La responsabilité pénale des personnes morales et le nouveau droit des sociétés», *Le nouveau Code des sociétés* (actes de colloque), Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 331 à 361; M. GOLLIER et F. LAGASSE, «La responsabilité pénale des personnes morales: le point sur la question après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999», *Chr. D.S.*, 1999, pp. 521 à 529; P. HAMER et S. ROMANIELLO, *La responsabilité pénale des personnes morales*, Diegem, Kluwer, 1999, 73 pp.; H. VAN DRIESSCHE, «Evolutie naar de strafrechtelijke (milieu-)aansprakelijkheid van alle publiekrechtelijke rechtspersonen?», *R.W.*, 1999-2000, pp. 833 à 843; F. KEFER, «La responsabilité pénale de la personne morale: une réponse de plus à la délinquance d'entreprise», in C.U.P., *Le point sur le droit pénal*, 2000, pp. 7 à 40; C. VANDERLINDEN, «La loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales et le droit pénal social», *Rev. dr. pén.*, 2000, pp. 660 à 687; L. BIHAIN, «Responsabilité pénale des personnes morales: présentation synthétique», *J.L.M.B.*, 2001, pp. 410 à 416 (obs.); T. DE GENDT, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van burgemeesters en schepenen na de wet van 4 mei 1999. Kunnen burgemeesters en schepenen nog steeds beklaagd(e) worden?*, Brugge, die Keure, 2001, pp. 26 à 46; B. GERVASONI, «La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales: incidences en droit de l'environnement», *Amén.*, 2001, pp. 204 à 222; A. MASSET, «La responsabilité pénale dans l'entreprise», *G.U.J.E.*, 2^e éd., T. XII, L. 119.3, 19 février 2001, 99 pp.

Peu avant l'adoption de la loi du 4 mai 1999, v. F. DERUYCK, «Pour quand la responsabilité pénale des personnes morales en droit pénal belge?», *J.T.*, 1997, pp. 697 à 704; du même auteur, «Naar een strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in België?», in M. FAURE et K. SCHWARTZ, *De strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn bestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 1998, pp. 35 à 47; toujours du même auteur, «De strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor door publiekrechtelijke rechtspersonen gepleegde misdrijven», in K. LEUS (ed.), *Milieuaansprakelijkheid van gemeenten*, Anvers, Kluwer, 1998, pp. 121 à 135; C. HENNAU, G. SCHAMPS et J. VERHAEGEN, «Indispensable responsabilité de l'entreprise, inacceptable culpabilité collective. A propos de l'avant-projet de loi belge relative à la responsabilité pénale des personnes morales», *J.T.*, 1998, pp. 561 à 570; W. CASSIERS, «La responsabilité des personnes morales: une solution en trompe-l'œil?», *Rev. dr. pén.*, 1999, pp. 823 à 859; Y. HANNEQUART, «La responsabilité pénale des personnes morales: punir l'être collectif ou corriger ses déficiences?», *J.T.*, 1999, pp. 281 à 283.

Rem. auparavant: D. ROEF, «Kan de staat in zijn eigen staart bijten?», *D.D.*, 1995, pp. 332 à 348; M. FAURE et D. ROEF, «Naar een wettelijke formulering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon», *R.W.*, 1995-1996, pp. 417 à 432; D. ROEF, «De strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor milieuverontreiniging», *T.M.R.*, 1997, pp. 87 à 103; F. DERUYCK, *De rechtspersoon in het strafrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, sp. pp. 170 à 207.

Les *travaux préparatoires* de la proposition de loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, déposée par M. VANDENBERGH et crts, sont disponibles sur les sites internet du Sénat et de la Chambre: *doc. parl.*, s. 1998-1999, resp. n° 1-1217/1 à 12 et n° 49-2093/1 à 6 (dont citations abrégées dans la suite du texte). L'avis de la section de législation du Conseil d'Etat du 5 octobre 1998 est muet concernant la question posée ici (il est annexé au Rapport, Sénat, n° 1-1217/6, pp. 114 à 131). Il faut immédiatement préciser que le conseil collatéral n'a examiné les dispositions du projet que de manière subsidiaire par rapport à trois critiques fondamentales qu'il s'attendait à voir résoudre, vraisemblablement avant une seconde consultation, et en tout cas avant le vote de ce qui est devenu entre-temps une proposition.

ce qu'elle exonère de cette responsabilité une série de personnes morales de droit public limitativement énumérées². Dans les travaux préparatoires, le législateur fédéral avait justifié ce traitement différencié en prétextant que les personnes concernées disposent d'un organe démocratiquement élu. Par un arrêt n° 128/2002 du 10 juillet 2002, la Cour d'arbitrage a emboîté le pas au législateur en affirmant que la responsabilité pénale des personnes morales de droit public concernées comporterait «plus d'inconvénients que d'avantages, notamment en suscitant des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique»³. Dans l'état actuel du droit pénal, il en résulte, pour les personnes concernées, une véritable «immunité»⁴ légale, directement légitimée par la Cour. Mais cette immunité est justifiée par un argument de pure autorité et directement inspiré de la séparation des pouvoirs telle que conçue au dix-neuvième siècle. Il semble qu'à l'entame du vingt-et-unième siècle, l'on était en droit d'attendre mieux comme explication, plus en phase avec l'annonce d'une nouvelle culture des autorités publiques. Au lieu de cela, certains élus pourraient se sentir confortés dans un sentiment parfois exprimé qu'ils «font de la politique et non du droit», comme si cela était possible...

L'explication donnée est d'autant moins compréhensible qu'elle ne vaudrait que pour le domaine pénal du droit. Or, pourquoi limiter le raisonnement à la responsabilité pénale et ne pas l'étendre à la responsabilité civile? Les plus audacieux pourraient soutenir, à cet égard, qu'un signal est peut-être envoyé dans ce sens au législateur par la Cour. Ce serait toutefois oublier le fondement constitutionnel de la sujétion de principe des pouvoirs au droit commun⁵. Cela reviendrait aussi à occulter l'origine civile de l'argument aujourd'hui utilisé par la Cour en matière pénale et qui vient tout droit d'un passé peu glorieux où la responsabilité politique du pouvoir exécutif, «par nature» – se plaisait-on à ajouter –, était déjà

(2) Le nouvel article 5, dernier alinéa, du Code pénal, établi par cette loi, dispose en effet que «ne peuvent pas être considérés comme des personnes morales responsables pénalement pour l'application du présent article: l'Etat fédéral, les Régions, les Communautés, les provinces, l'agglomération bruxelloise, les communes, les organes territoriaux intracommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale».

(3) C.A., n° 128/2002, 10 juillet 2002, B.7.5. L'arrêt a été publié in *J.L.M.B.*, 2003, p. 54.

(4) *Ibid.*, B.7.6.

(5) V. sur le sujet M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, thèse, Bruges, La Charte, 2001. Rapp. J. LEJEUNE, *Etude sur la Constitution belge. Du droit des tribunaux de vérifier la légalité des actes administratifs (interprétation des art. 92, 93, 107 de la Constitution)*, thèse, Bruxelles, Decq, 1857, p. 54: citoyen et pouvoir exécutif «sont soumis aux mêmes lois et, par conséquent, assujettis aux mêmes juridictions; la constitution ne leur accorde point de privilège».

opposée à ceux qui voulaient établir la responsabilité de l'Etat. Or, voici ce qu'en disait J. LEJEUNE en 1857: «La responsabilité ministérielle! Abstraction chimérique qui n'a jamais servi qu'aux excès du pouvoir exécutif, en fournissant à ceux qui exagèrent ce pouvoir le moyen d'entretenir l'illusion dans l'esprit de ceux qui le craignent»⁶. Le point de vue est maintenu par C. CAMBIER 127 ans plus tard: elle revient, dans le chef du pouvoir judiciaire, à confier «à une chimère le sort du justiciable»⁷.

Entre-temps, la Cour de cassation a eu soin de briser le culte de la puissance publique et d'une séparation des pouvoirs mal comprise en droit belge – mal reçue du droit français – en affirmant haut et fort, dans le célèbre arrêt «La Flandria» du 5 novembre 1920, le contrôle de légalité des actes administratifs par le pouvoir judiciaire et sa sujétion de principe au droit commun⁸. C'est dire si, depuis 1920, nous n'étions plus habitués à ce que «la voie politique» de résolution des conflits soit invoquée au détriment de la voie judiciaire. C'est dire aussi combien l'arrêt n° 128/2002 rendu par la Cour d'arbitrage ne peut pas être compté parmi les «enfants reconnus» de l'arrêt «La Flandria», pourtant promu au titre de «fécond

(6) J. LEJEUNE, *o.c.*, 1857, p. 66. L'auteur continue comme suit: «Suivez la marche des choses politiques, en France, depuis la transformation du droit public en 1789, comptez les atteintes que les droits individuels ont subies de la part du pouvoir responsable, laissez de côté celles qui se discutent, ne comptez que les violations criantes, et dites si la responsabilité du pouvoir exécutif suffit à garantir les droits individuels». *Add.* X (un membre du Congrès qui a fait partie de la section centrale nommée pour l'examen du projet de constitution), *Dans quels cas l'autorité judiciaire peut-elle arrêter les excès de pouvoirs de la puissance exécutive?*, Bruxelles, REMY, 1834, pp. 23 et 24: une telle conception serait subversive de l'ordre social. Et p. 28: si la responsabilité ministérielle devait être considérée comme la seule garantie donnée au citoyen face à l'exécution d'un acte illégal, «je répudie la part que j'ai prise à cette œuvre nationale! ce n'est plus qu'un bouclier de papier, qu'une dérision effrontée».

(7) C. CAMBIER, «La puissance publique en question ou l'empire éclaté», in *Ecrits de Cyr Cambier*, Faculté de droit U.C.L., 1984, p. 48. Il faut ajouter que, depuis lors, l'effectivité du contrôle exercé par le parlement n'a cessé de diminuer en faveur du gouvernement et des partis politiques. Aujourd'hui, on parlerait volontiers de l'absence d'un recours effectif dans le chef du particulier.

(8) Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 193 et concl. conf. proc. gén. P. LECLERCQ. L'arrêt est analysé en détails in M. NIHOUL, *o.c.*, 2001, à partir des n°s 33 et s., 48 et s. et 88 et s. La rupture n'a pas été aussi nette dans le temps que généralement présenté; d'autres arrêts avaient déjà ouvert la voie à l'époque.

géniteur» et qualifié *a posteriori* de «prophétique», voire «génétique»⁹. Il symbolise au contraire une entrée «contre-nature» dans le vingt-et-unième siècle ...

La position de la Cour est d'autant plus critiquable, au regard de l'histoire, que la motivation de son arrêt est laconique. Elle traduit bien la difficulté rencontrée par la Cour, telle que composée à l'heure actuelle, d'adopter la même attitude à l'égard des affaires publiques qu'à l'égard des affaires à caractère plus privé¹⁰.

L'on en veut pour indice un arrêt récent n° 145 du 15 octobre 2002, également prononcé en matière de responsabilité pénale, mais dans lequel la Cour s'est montrée ambitieuse, cette fois¹¹. A son estime, en effet, il peut être admis que le législateur, en mettant fin à l'impunité des personnes morales, ait implicitement abrogé une série de dispositions légales antérieures qui imputaient à des personnes physiques déterminées des infractions commises par une personne morale, à défaut de pouvoir s'en prendre

(9) C. PANIER, «Vive le régime judiciaire», obs. sous Cass., 5 novembre 1920, *J.L.M.B.*, 2000, pp. 26 et 27. L'auteur limite la fécondité de l'arrêt aux différents contrôles que ce dernier a conduit à établir concernant les actes des différents pouvoirs (le pouvoir législatif étant encore épargné, pour l'heure, par la Cour de cassation). Il est permis d'y ajouter la sujétion de principe au droit commun. A noter que les obs. de l'auteur figurent dans un n° spécial dédié au nouveau millénaire, à charge précisément pour les auteurs de célébrer les acquis du siècle passé ...

(10) Concernant la retenue dont fait preuve la Cour d'arbitrage en matière électorale, v. récemment H. VUYE et K. STANGHERLIN, «Vers une sixième réforme de l'Etat? Réflexions sur l'accord dit de renouveau politique du 26 avril 2002», *C.D.P.K.*, 2002, p. 281.

(11) A propos de la liberté grandissante dont le juge fait preuve sous l'influence des cours européennes, v. la contribution pertinente d'I. VEROUGSTRAETE, «De economische opvattingen van het Hof van Cassatie», in *Liber amicorum Lucien SIMONT*, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 7, p. 243.

à celle-ci¹². Tel serait le cas, en l'occurrence, de l'article 22, § 3, de la loi relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs. Il ne serait en effet pas objectivement et raisonnablement justifié, selon la Cour, que l'administrateur, le gérant ou l'associé d'une société propriétaire d'un véhicule automoteur soit tenu pour responsable de l'infraction de la mise en circulation d'un véhicule non assuré, lorsque cette infraction a été commise après l'entrée en vigueur du nouvel

(12) Les dispositions concernées ne sont pas toutes identifiées par la Cour, bien entendu, à charge pour les plaideurs, par conséquent, d'avoir le réflexe, à l'avenir, d'en invoquer l'abrogation implicite *dans la mesure où elles ne sont pas compatibles* avec le nouvel article 5 du Code pénal. En apparence, à suivre la Cour, ces dispositions continuent en effet d'imputer à des personnes physiques déterminées des infractions commises par des personnes morales ... On peut se demander si, dans ces circonstances, la sécurité juridique est encore assurée en pratique.

A noter que le *critère* décisif avancé par la Cour pour déterminer l'abrogation implicite ou non est lié à la genèse de l'ancienne loi en cause selon que le législateur a voulu engager la responsabilité personnelle des personnes visées à l'article 22, § 3, en raison de leur responsabilité particulière ou de leur qualité particulière ou, au contraire, selon qu'il n'a procédé à une imputation légale que pour remédier à l'absence de la responsabilité pénale propre des personnes morales pour le non-respect d'obligations qui leur ont été imposées (B.3.2.).

Dans le même sens concernant l'article 67^{ter} de la loi relative à la police de la circulation routière: C.A., n° 104/2003, 22 juillet 2003.

Il convient de préciser encore que la section de législation du Conseil d'Etat avait montré la voie au législateur en estimant déjà incompatibles avec la nouvelle responsabilité les mécanismes de sanctions directes et indirectes touchant déjà les personnes morales et utilisés pour remédier en partie à l'absence d'une responsabilité pénale propre des personnes morales (en ce compris les sanctions administratives à caractère pénal, en mentionnant à leur égard le principe *non bis in idem*). Le conseil collatéral concluait sur ce point au caractère lacunaire du projet, dans l'une de ses trois critiques fondamentales, et invitait le législateur à le compléter «en vue d'aménager les législations existantes et spécialement celles qui concernent les amendes administratives mises à charge de la personne morale» (*Doc. parl.*, Sénat, s. 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 123, ici p. 124). On peut se demander pourquoi la Cour d'arbitrage n'a pas fait état de ce conseil en amont. D'autant que le législateur, en aval, s'est limité à prendre acte de l'observation en remarquant avant tout que «l'existence et la multiplication des réglementations constituent une raison supplémentaire de la nécessité de la proposition de loi. L'instauration d'une responsabilité pénale à part entière sera cependant une occasion d'examiner, dans les divers domaines où des réglementations alternatives ont été créées, où il est indiqué que celles-ci soient supprimées» (Sénat, n° 1-1217/1, p. 11; rem. aussi Sénat, n° 1-1217/6, pp. 34, 44 et 45 ainsi que Chambre, n° 2093/5, p. 3). Il n'a pas été donné suite à cette déclaration d'intention malgré l'obligation constitutionnelle et européenne pesant sur le pouvoir législatif de disposer par des règles précises en matière pénale, en vertu du principe de légalité. Ladite obligation a été soulignée comme n'étant pas une simple obligation générale de prudence... et ce par le Conseil d'Etat, d'abord, dont les propos ont été relayés, ensuite, par M. le député DUQUESNE (*Doc. parl.*, Sénat, 1-1217/6, p. 120 et Chambre, n° 2093/2, p. 2). A noter l'obligation européenne, aussi, de ne pas cumuler sanctions pénales et administratives (à caractère pénal) pour des mêmes faits à l'égard d'une même personne, conformément au principe *non bis in idem* (v. sur ce point sp. G. STESENS, *o.c.*, V&F, 1999, p. 238).

article 5 du Code pénal, alors que celui-ci prévoit de manière générale une responsabilité pénale propre de la personne morale¹³. Dans cette interprétation, la différence de traitement en cause serait, partant, inexistante et la question préjudicielle sans objet.

Plan

Après avoir analysé la motivation de l'arrêt n° 128/2002 (I), l'on reviendra sur les arguments en présence pour apprécier si l'immunité des collectivités politiques énumérées à l'article 5, dernier alinéa, du Code pénal est «constitutionnellement correcte» sous l'angle des principes d'égalité et de non-discrimination (II). Parmi les arguments *pro et contra*, figure bien entendu l'argument de l'organe élu directement (c'est-à-dire du contrôle politique exclusif) avancé par le législateur et la Cour à titre principal (A) et qu'il convient par conséquent de traiter en priorité (B). Mais il y a aussi une série d'arguments avancés en doctrine pour dénoncer une discrimination évidente entre différentes catégories de personnes concernées. La plupart de ces arguments visent à contester les motifs généralement invoqués pour justifier une immunité publique (C). Il faut espérer qu'un jour, ils seront de nature à faire changer d'avis la Cour... ou, pourquoi pas, avant cela, le législateur, selon une voie intermédiaire parfaitement concevable (III)!

I. La motivation de l'arrêt

La Cour est interrogée sur la compatibilité de l'article 5, alinéa 4, du Code pénal avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il exclut la responsabilité pénale de certaines personnes morales de droit public. La norme contestée dispose en effet, depuis la loi du 4 mai 1999, que «Ne peuvent pas être considérées comme des personnes morales responsables pénalement pour l'application du présent article: l'Etat fédéral, les régions, les communautés, les provinces, l'agglomération bruxelloise, les communes, les organes territoriaux intracommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la

(13) A savoir une responsabilité pénale propre des personnes morales, autonome et distincte de celle des personnes physiques qui ont agi pour la personne morale ou qui ont omis de le faire. En vertu de la nouvelle législation, une personne physique ne peut être condamnée en même temps qu'une personne morale que si elle a agi «sciemment et volontairement». Lorsque le juge pénal constate qu'une infraction involontaire a été commise simultanément par une personne physique et une personne morale, il ne doit condamner que la personne qui a commis la faute la plus grave.

Commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale». Bref: toutes les collectivités politiques du pays.

L'angle d'approche imposé à la Cour d'arbitrage est particulier: la discrimination invoquée par voie de question préjudicielle «proviendrait en effet de ce que les personnes morales peuvent exercer des activités similaires à celles des personnes morales de droit privé qui, elles, pourraient voir leur responsabilité pénale engagée à l'occasion de l'exercice de ces activités» (B.7.1.). En l'espèce, la s.p.r.l. poursuivie faisait valoir qu'elle exerce une activité de brasserie et que des personnes morales de droit public pourraient être engagées dans des activités similaires sans risquer d'être poursuivies pénalement. L'objectif poursuivi de la sorte était, semble-t-il, de satisfaire au test de comparabilité.

La Cour situe toutefois le débat sur un terrain plus général: «Les personnes morales de droit public se distinguent des personnes morales de droit privé en ce qu'elles n'ont que des missions de service public et doivent ne servir que l'intérêt général. (Dès lors) Le législateur peut raisonnablement considérer que son souci de lutter contre la criminalité organisée ne l'oblige pas à prendre à l'égard des personnes morales de droit public les mêmes mesures qu'à l'égard des personnes morales de droit privé» (B.7.2., adr).

L'illusion n'est cependant que de courte durée car seules certaines personnes morales de droit public sont dans une situation comparable. En effet, «Le législateur doit (...) tenir compte de ce que *des* personnes morales de droit public ont des activités semblables à celles de personnes morales de droit privé et que, dans l'exercice de telles activités, les premières peuvent se rendre coupables d'infractions qui ne se distinguent en rien de celles qui peuvent être commises par les secondes. Il lui appartient, pour concilier avec le principe d'égalité sa volonté de mettre fin à l'irresponsabilité pénale des personnes morales, de ne pas exclure du champ d'application de la loi les personnes morales de droit public qui ne se distinguent des personnes morales de droit privé que par leur statut juridique» (B.7.3., idr).

En écrivant cela, la Cour reconnaît elle-même que toutes les personnes morales de droit public n'ont pas que des missions de service public et qu'elles ne servent pas toutes que l'intérêt général, comme elle venait pourtant de l'affirmer, puisqu'il en est qui se distinguent des personnes morales de droit privé uniquement par leur statut juridique. A vrai dire, la conception inverse eût été manichéenne. Il convient néanmoins de redoubler de prudence lorsque sont invoqués des arguments d'autorité comme la séparation des pouvoirs, l'intérêt général ou encore le bien, par opposition

au mal. Peu importe, en fin de compte, la nature de l'activité poursuivie, voire même le statut juridique de la personne concernée puisque, ce qui est recherché, c'est le fonctionnement anormal de celle-ci ou son utilisation répréhensible sur le plan pénal.

Or, selon la Cour, «Il ressort des travaux préparatoires de la disposition en cause qu'en principe les personnes morales de droit public sont pénalement responsables et que l'exception à cette règle ne concerne que celles «qui disposent d'un organe directement élu selon des règles démocratiques» (*Doc. parl.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/1, p. 3)» (B.7.4.).

Par conséquent, «La différence de traitement ainsi établie entre personnes morales selon qu'elles disposent d'un organe démocratiquement élu ou non repose sur un critère objectif» (B.7.5., premier paragraphe).

La Cour n'aurait-elle pas pu conclure que ces personnes morales ne sont pas réellement dans une situation comparable? Au lieu de cela, la Cour persiste dans sa prime intention. Elle confirme et précise la justification avancée par le législateur en la complétant de manière relativement maladroite.

Confirmation (et précision): «Les personnes morales de droit public énumérées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal ont la particularité d'être principalement chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative, de disposer d'assemblées démocratiquement élues et d'organes soumis à un contrôle politique» (B.7.5., deuxième paragraphe, première phrase).

Complément: «Le législateur a pu raisonnablement redouter, s'il rendait ces personnes morales pénalement responsables, d'étendre une responsabilité pénale collective à des situations où elle comporte plus d'inconvénients que d'avantages, notamment en suscitant des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique» (B.7.5., deuxième paragraphe, seconde phrase).

Conclusion: «Il s'ensuit que, en excluant des personnes morales de droit public du champ d'application de l'article 5 du Code pénal et en limitant cette exclusion à celles qui sont mentionnées à l'alinéa 4 de cet article, le législateur n'a pas accordé à celles-ci une immunité qui serait injustifiée» (B.7.6.).

Le lecteur aura compris dès l'introduction que c'est surtout le complément qui pose problème dans la motivation. D'une part, la Cour joue avec les perspectives lorsqu'elle utilise le terme «étendre» une responsabilité

pénale collective alors que la question vise une dérogation unique à la nouvelle responsabilité collective de principe. D'autre part et surtout, la Cour affirme que la responsabilité pénale collective comporterait, en ce qui concerne les collectivités politiques, plus d'inconvénients – au pluriel – que d'avantages – également au pluriel –, en mentionnant pourtant en tout et pour tout un seul inconvénient – malgré l'adverbe «notamment» –; inconvénient unique, du reste très relatif, puisqu'il vise l'hypothèse un peu simpliste d'une plainte abusive dont on peut tout de même espérer que les juges ne se laisseraient pas méprendre (à moins d'entretenir à leur égard une incroyable défiance).

II. Les arguments en présence

A. Une motivation laconique

Le laconisme de la Cour tranche avec l'abondante doctrine qui avait pris soin de se pencher sur la question dès avant le vote de la loi du 4 mai 1999. La plupart des auteurs ne s'étaient en effet pas privés de dénoncer la discrimination pressentie. Ce faisant, ils ont sans doute incité au renvoi préjudiciel, de manière opportune, et cela prouve au moins qu'il y a(vait) matière à réflexion. Par contre, la réponse apportée par la Cour n'en apparaît que d'autant plus maigre. Pire: la Cour semble n'avoir aucunement tenu compte des arguments avancés par les auteurs, puisqu'elle les laisse purement et simplement dans l'oubli. En agissant de la sorte, la Cour ne montre certainement pas l'exemple d'une décision correctement motivée et il serait trop facile, voire déplacé en tant que juge, de se retrancher derrière le laconisme du législateur à cet égard (les justifications avancées par celui-ci commandent seulement une analyse en priorité à l'occasion du test de constitutionnalité). On peut même se demander si, en agissant de la sorte, la Cour n'a fait pas montre d'un certain mépris à l'égard d'une doctrine qui, comme on le verra dans les pages qui suivent, s'était appliquée à recenser et discuter une série d'arguments de type traditionnel susceptibles d'être invoqués en faveur d'une immunité pénale des pouvoirs publics.

La Cour s'est limitée à une sorte de «balance d'avantages et inconvénients» qui a ceci d'extraordinaire qu'elle n'est absolument pas étayée: après avoir affirmé qu'il y a plus d'inconvénients que d'avantages à «étendre» la responsabilité pénale des personnes morales, elle ne mentionne en effet qu'un seul et unique inconvénient... et aucun avantage ce qui, en toute logique mathématique, il est vrai, fait pencher la balance du côté choisi... mais que diable, alors, pourquoi avoir utilisé l'adverbe «notamment»? ...

Il faut noter, à cet égard, que le procédé contraste étonnamment avec celui choisi par la Cour européenne des droits de l'homme au moment d'effectuer un test comparable, celui de la balance entre intérêts privé et public et pour lequel la motivation est généralement détaillée et procède d'une analyse *in concreto*.

Le procédé est d'autant plus surprenant que les arguments ne manquaient pas... sauf peut-être dans les travaux préparatoires de la loi du 4 mai 1999 qui est, il faut le rappeler, une de ces lois adoptées dans la précipitation d'une fin de législature¹⁴... Il n'empêche que plusieurs discriminations y étaient déjà épinglées¹⁵.

Pour le reste, il est trop tôt pour écrire si un «principe de l'organe démocratiquement élu» est en train de naître ou s'il est accidentel dans la jurisprudence de la Cour arbitrage. La qualité d'«organes démocratiquement constitués» est bien avancée dans les arrêts n^{os} 90/2002 et 150/2002, mais pour refuser l'intérêt requis pour introduire un recours en annulation à une association qui, au vu de son objet social, entendait se substituer à une collectivité publique, en particulier «substituer son appréciation des intérêts de la communauté à l'appréciation des organes officiels de celle-ci (...) auxquels, en application de l'article 142 de la Constitution, l'article 2, 1^o et 3^o, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage a confié le soin de défendre les intérêts propres à leur collectivité devant la Cour»

(14) Un député a singulièrement fait l'aveu qu'il s'agit d'une «matière dans laquelle on ne peut légiférer dans la précipitation en fin de législature» (Chambre, n^o 2093/5, p. 9). Comme on le verra, la question de la discrimination a néanmoins été posée, mais sans grands commentaires ou discussions. Rem. sp. M. VANDEURZEN qui, lors des discussions à la Chambre, «se pose la question de savoir si cette énumération ne viole pas le principe d'égalité (...)», il est vrai «en particulier» eu égard aux C.P.A.S. (n^o 2093/5, p. 5).

(15) Parmi les auteurs cités en note 1, certains relaient ces causes de discriminations (ou certaines d'entre elles) telles qu'épinglées dans les travaux préparatoires, sans approfondir la question. Ainsi: F. DERUYCK, *o.c.*, *R.D.C.*, 1999, p. 653; C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, b. 1, 1999, pp. 109 à 111; H. VAN BAVEL, *o.c.*, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 212; F. KEFER, *in o.c.*, 2000, p. 30; C. VANDERLINDEN, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 2000, pp. 661 et 662.

(resp. B.6. et B.2.3.)¹⁶. Ces deux arrêts et celui commenté se rejoignent néanmoins dans l'argument selon lequel une voie officielle est prévue par la Constitution, dont on ne saurait par conséquent s'écarter.

B. Le critère unique de l'organe¹⁷ élu directement (le contrôle politique exclusif)

1. Un critère retenu en dépit des critiques

La seule justification avancée par les auteurs de la proposition, et que le législateur a fait sienne, n'est pas directement liée au bon fonctionnement des institutions: elle est de type organique. L'immunité est en effet prévue «pour certaines personnes morales de droit public qui disposent d'un organe directement élu selon des règles démocratiques»¹⁸: «seules les

(16) A noter qu'un requérant a invoqué l'expression «organe démocratiquement élu», dans une autre affaire encore à l'origine de l'arrêt n° 77/2002 du 8 mai 2002, pour distinguer le pouvoir législatif du pouvoir exécutif (A.2.1.). La «voie constitutionnelle» est alors celle dictée par les règles de compétence. A cet égard, la Cour a déjà eu l'occasion de souligner la volonté du Constituant de réserver certaines décisions aux «personnes démocratiquement élues», en l'occurrence le règlement général de l'octroi de subsides à l'enseignement, ainsi que de l'organisation et l'agrément de celui-ci (C.A., n° 11/96, 8 février 1996, B.3.; n° 43/96, 2 juillet 1996, B.4.; n° 73/96, 11 décembre 1996, B.4.2.; n° 80/96, 18 décembre 1996, B.3.1.). Rem., en outre, C.A., n° 151/2002, 15 octobre 2002, B.3.2.: après avoir précisé que «L'Etat belge est conçu comme un Etat de droit» et que «L'une des caractéristiques d'un Etat de droit est que les dirigeants sont soumis aux règles de droit» (!), la Cour invoque l'argument du «régime démocratique» pour justifier le serment de fidélité au Roi obligatoire même pour les mandataires communaux républicains: «Le serment d'obéissance à la Constitution et aux lois du peuple belge doit être compris comme étant une déclaration solennelle de soumission aux règles de droit de l'ordre juridique belge. Ces règles permettent d'exprimer une préférence pour un régime, mais non de méconnaître celui qui est en vigueur. Or, les mots «fidélité au Roi» doivent s'entendre comme une reconnaissance de l'institution monarchique qui est elle-même un effet de la Constitution. Ces mots n'ont d'autre portée que d'être une promesse de loyauté envers le système constitutionnel qu'un régime démocratique s'est choisi».

(17) A noter que l'utilisation du critère de l'organe «présente plus d'inconvénients que d'avantages», si l'on peut dire, dès lors qu'elle est susceptible d'entraîner une confusion avec la théorie de l'organe en matière de responsabilité civile. Rappr. Sénat, n° 1217/6, p. 17.

(18) Sénat, n° 1-1217/1, p. 3 et n° 1217/6, p. 7. Comp. Chambre, n° 2093/5, p. 11, sans la précision «selon des règles démocratiques», et renvoyant du reste au *Traité élémentaire de droit civil belge* de H. DE PAGE pour la définition de ce qu'il y a lieu d'entendre par personne morale de droit public: «une création de la puissance souveraine qui en lui conférant la personnalité morale la dote d'un patrimoine distinct en vue d'un service public et des fins supérieures qu'il se propose d'atteindre». Une telle démarche n'est pas appropriée. Certes, il n'y a pas autant de législateurs que de disciplines juridiques à pourvoir, mais de là à ignorer superbement l'abondante doctrine publiciste sur un point aussi crucial que complexe... D'autant que la définition susmentionnée est en réalité proposée par la Cour de cassation dans un arrêt ancien du 26 avril 1894 (*Pas.*, 1894, I, 188), et non par l'auteur, comme renseigné au demeurant par celui-ci in H. DE PAGE, T. I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, n° 506, p. 622 et note 2.

personnes morales de droit public qui sont élues»¹⁹, selon une formule très raccourcie.

C'est l'argument que la Cour d'arbitrage a tenté de conforter en précisant que «disposer d'assemblées démocratiquement élues» revient à disposer «d'organes soumis à un contrôle politique» parce que «principalement chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative» (B.7.5., deuxième paragraphe, première phrase).

De la sorte, la Cour dit ainsi tout haut ce que le législateur n'a pas osé écrire noir sur blanc dans les travaux préparatoires, mais que des auteurs comme F. DERUYCK²⁰ ou S. VAN GARSSE²¹ avaient perçu dès les premiers commentaires de la loi²². Au-delà du verdict de l'élection, ce sont en définitive les représentants des citoyens électeurs qui assureraient *seuls* le contrôle des élus au quotidien.

La doctrine avait pourtant prévenu que les arguments traditionnellement avancés contre la responsabilité pénale des personnes morales de droit public, issus de la théorie générale de l'Etat, ne seraient pas de nature à convaincre²³. Or, parmi ces arguments figure précisément celui d'une responsabilité politique exclusive de la responsabilité pénale – au même titre que celui de la séparation des pouvoirs, celui de l'incompatibilité de l'intervention de l'autorité en tant que procureur (voire plaignant) et accusé à la fois, celui de la perte de confiance en l'autorité générée dans la population et même celui de l'impossibilité de se condamner soi-même.

(19) Chambre, n° 2093/5, p. 28.

(20) F. DERUYCK, *o.c.*, *R.D.C.*, 1999, p. 653, note 7: «La motivation sous-jacente est alors peut-être que l'existence de la responsabilité politique rend la responsabilité pénale superflue». *Add.* D. ROEF, *in o.c.*, 1999, p. 159; P. HAMER et S. ROMANIELLO, *in o.c.*, 1999, p. 26; B. GERVASONI, *o.c.*, *Amén.*, 2001, p. 209, impl.

(21) S. VAN GARSSE, *o.c.*, *C.D.P.K.*, 2000, p. 349, n° 4: «De achterliggende gedachte was klaarblijkelijk dat politieke verantwoordelijkheid strafrechtelijke verantwoordelijkheid uitsluit».

(22) Comp. G. STESENS, *o.c.*, *V&F*, 1999, p. 226: «rechtspersonen met een politieke, maatschappelijke opdracht». Rem. aussi l'expression «politieke rechtspersonen» qui revient chez des auteurs comme F. DERUYCK, *in o.c.*, 1999, p. 38, n° 4; A. DE NAUW et F. DERUYCK, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, p. 899; H. VAN BAVEL, *o.c.*, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 212; T. DE GENDT, *o.c.*, 2001, p. 27.

(23) V. D. ROEF, *o.c.*, *D.D.*, 1995, pp. 332 à 348; M. FAURE et D. ROEF, *o.c.*, *R.W.*, 1995-1996, pp. 426 et 427, n°s 31 à 37; D. ROEF, *o.c.*, *T.M.R.*, 1997, pp. 98 à 103 et *in o.c.*, 1999, pp. 158 à 164; F. DERUYCK, *in o.c.*, 1998, n°s 15 à 17, pp. 131 à 135 ainsi que *in o.c.*, 1999, p. 40, n° 10; P. HAMER et S. ROMANIELLO, *in o.c.*, 1999, p. 27 et *o.c.*, 1999, p. 34; P. TRAEST, *o.c.*, *T.R.V.*, 1999, p. 456 et note 44; H. VAN DRIESSCHE, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, pp. 838 à 840, n°s 41 à 48, suivie par T. DE GENDT, *o.c.*, 2001, pp. 31 à 38; S. VAN GARSSE, *o.c.*, *C.D.P.K.*, 2000, n° 5, p. 350). *Add.* de manière plus générale A. DE NAUW et F. DERUYCK, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, p. 900; H. VAN BAVEL, *o.c.*, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 212.

Tous ces arguments seront discutés plus loin (C). L'important, à ce stade, est que l'avertissement de la doctrine n'a pas pu échapper à la Cour puisque les propos de synthèse tenus dans ce sens par F. DERUYCK ont été expressément relayés tant à la Chambre qu'au Sénat. Ils figurent ainsi et à juste titre dans les travaux préparatoires. Selon l'auteur, l'immunité pénale de personnes morales de droit public, même limitée à l'Etat fédéral, «ne peut ni être admise sous l'angle du droit dogmatique, ni constituer sous l'angle du droit pratique une solution appropriée pour prévenir certaines situations sans doute relativement délicates»²⁴.

En réalité, même la Cour de cassation s'était déjà laissée convaincre en 1946 par l'opportunité de déclarer l'Etat coupable d'une infraction! Certes, à l'époque, en précisant de suite, que «*societas delinquere potest, sed puniri non potest*», si ce n'est à indemniser la victime. Selon la Cour, en effet, «(...) l'acte accompli, dans la sphère de ses attributions, par l'organe d'une personne morale, dans l'occurrence l'Etat belge, est l'acte de la personne morale elle-même et (...) l'acte illicite, constitutif d'infraction, ne change point de caractère par le seul fait que l'être moral ne peut être l'objet d'une sanction pénale et n'est tenu qu'à des réparations civiles»²⁵. L'arrêt opérait ainsi un revirement de jurisprudence en matière de responsabilité pénale des personnes morales puisque, jusque-là, l'adage «en vigueur» voulait que «*societas non delinquere potest*». Avec ceci de fondamental pour notre propos que le coupable, en l'espèce, n'était autre que l'Etat belge...

On comprend dès lors que l'explication donnée par la Cour d'arbitrage – à la suite du législateur – soit inéluctablement vouée à la

(24) Propos traduits dans les travaux préparatoires (Chambre, n° 2093/5, p. 9), tenus *in o.c.*, 1998, p. 39 et encore relayés par G. BOURGEOIS en séance plénière, le 27 avril 1999, juste avant le vote, séance dont les annales peuvent être consultées sur le site de la Chambre.

(25) Cass., 16 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, 723 et *J.T.*, 1949, p. 148, avec extrait concl. proc. gén. R. HAYOIT DE TERMICOURT, alors pr. av. gén. et obs. C. CAMBIER. L'attention sur l'arrêt est attirée par D. ROEF, *o.c.*, *T.M.R.*, 1997, pp. 90 et 91 ainsi que *in o.c.*, 1999, p. 128. A noter le raisonnement du ministère public affirmant au titre d'une certaine égalité entre responsabilités civile et pénale, en quelque sorte, que la responsabilité civile découlant d'un quasi-délit suppose elle aussi en principe la liberté et la raison et qu'il n'y a donc pas à proprement parler impossibilité à faire encourir une responsabilité pénale par une personne morale, mais uniquement à lui appliquer les peines telles que prévues – à l'époque – par le Code pénal. Comme le résume C. CAMBIER: «Si l'Etat ne dispose point de la volonté requise pour délinquer, comment dispose-t-il de celle nécessaire, en principe, pour se rendre coupable d'un quasi-délit?» (p. 151). A noter que C. CAMBIER, très critique, voit dans la responsabilité pénale directe de l'Etat une fiction engendrée par la théorie civile de l'organe qui organise un «transport de responsabilité d'une personne à l'autre» au seul motif, au départ, d'étendre la compétence du Conseil d'Etat en France puisque si l'Etat est responsable, ce ne sont pas les tribunaux civils qui en connaîtront (pp. 152 et 153).

critique: «surprenante» et «difficilement acceptable»²⁶, insatisfaisante²⁷ ou aucunement convaincante^{28,29} sont autant de qualificatifs qui, déjà utilisés naguère pour dénigrer l'immunité des collectivités publiques, méritent aujourd'hui d'être transposés à la «motivation» de l'arrêt n° 128/2002 rendu par la juridiction constitutionnelle.

2. Un critère profondément inadéquat

Eu égard à l'argument du contrôle politique, en particulier, les auteurs n'avaient pas manqué de relever que la responsabilité politique ne joue qu'à l'égard des politiciens, et non à l'égard de l'autorité publique comme telle, pourtant immunisée aujourd'hui à ce titre. Du reste, la responsabilité politique n'empêche pas les poursuites à l'égard de la personne politique elle-même³⁰. Autrement dit, le législateur a confondu les genres – voire les angles – de responsabilité et il s'est mépris sur la portée spécifique de chacune des responsabilités politique et pénale. Car pour éviter que des combats soient menés sur le plan pénal plutôt que politique, il eût fallu étendre l'immunité absolue³¹ aux politiciens eux-mêmes, voire même la prévoir à leur égard de manière principale; et ce, pour tous types d'infractions confondus, même les infractions d'imprudence pour lesquelles les membres d'une assemblée peuvent être individuellement poursuivis et condamnés s'ils ont voté en faveur d'une décision prise, dont ils auraient dû apercevoir le danger; le cas échéant, ils engagent en effet leur respon-

(26) J. MESSINNE, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 645, *in o.c.* 2000, pp. 283 et 284 et *o.c.*, vol. II, 5^e éd., 2001, p. 114.

(27) A. DE NAUW et F. DERUYCK, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, p. 899.

(28) F. DERUYCK, *in o.c.*, 1998, p. 134, n° 20; P. TRAEST, *o.c.*, *T.R.V.*, 1999, p. 456; S. VAN GARSSE, *o.c.*, *C.D.P.K.*, 2000, p. 349, n° 4 et p. 359, n° 30 (pour l'auteur, la base juridique n'est pas sérieuse pour justifier le régime d'exception).

(29) Critiquent également l'exclusion des collectivités publiques, contraire au principe d'égalité, sans entrer dans le détail de l'argumentation: C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, b. 1, 1999, p. 109; C. VANDERLINDEN, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 662, impl.; T. DE GENDT, *o.c.*, 2001, p. 36; B. GERVASONI, *o.c.*, *Amén.*, 2001, p. 212. Rem. déjà M. FAURE et D. ROEF, *o.c.*, *R.W.*, 1995-1996, p. 426, n° 30. Quant à H.-D. BOSLY et T. BOSLY, *in o.c.* 1999, n° 14, p. 339, ils s'interrogent sur la pertinence de l'argument avancé par le législateur tout en admettant que certaines entités de droit public (comme l'Etat fédéral, les communautés ou régions) *doivent échapper* à la responsabilité pénale: pour eux, la liste des personnes exemptées est trop longue. Ils sont favorables, autrement dit, à une discrimination dans la discrimination.

(30) M. FAURE et D. ROEF, *o.c.*, *R.W.*, 1995-1996, p. 426, n° 33; F. DERUYCK, *in o.c.*, 1998, n° 15, pp. 131 et 132; P. HAMER et S. ROMANIELLO, *in o.c.*, 1999, p. 27; D. ROEF, *in o.c.*, 1999, pp. 159 et 160; H. VAN DRIESCHE, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, p. 839, n° 41, suivie par T. DE GENDT, *o.c.*, 2001, p. 31; S. VAN GARSSE, *o.c.*, *C.D.P.K.*, 2000, p. 349, n° 4.

(31) Sans préjudice d'éventuelles immunités, telles les immunités parlementaire ou ministérielle, de type plus procédural. L'immunité évoquée est évidemment de type fonctionnelle.

sabilité propre en dépit du caractère collégial de la délibération³². Bref, la responsabilité politique du politicien n'est pas une réponse adéquate à la question de la responsabilité pénale de la collectivité publique à laquelle il appartient.

Elle l'est d'autant moins que l'immunité des collectivités publiques provoque en réalité l'effet inverse à celui escompté. Elle accroît la responsabilité pénale de l'homme politique, comparé à celle qui serait la sienne en tant que décideur dans une autre personne morale de droit privé ou de droit public non exonérée. Elle a donc pour effet de l'exposer plus encore à «une autre voie de contestation» – la voie de contestation pénale – et de restreindre le contrôle politique à due concurrence (à suivre l'idée de la Cour d'arbitrage), au lieu de privilégier celui-ci.

On sait en effet que les personnes morales immunisées «ne peuvent être inquiétées pénalement en tant que telles: (le cas échéant), la responsabilité pénale sera approchée par le recours à la technique classique de recherche de la responsabilité pénale individuelle des personnes physiques composant ces entités et groupements»³³. Pas question pour l'homme politique, par conséquent, de se prévaloir ou se retrancher derrière la cause d'excuse absolutoire prévue par l'article 5 du Code pénal, lorsque les conditions prescrites par cette disposition sont réunies³⁴. Voici donc l'homme politique plus exposé que jamais à la voie pénale – «sur-exposé» par rapport à un décideur ordinaire. Vue sous cet angle, la discrimination «positive» voulue par le législateur s'avère ainsi aussi négative pour le décideur

(32) Par analogie avec Cass., 3 mars 1999, *Droit communal*, 2001, p. 134 et note, «Organisation de la circulation routière et responsabilité pénale des mandataires locaux»; *J.L.M.B.*, 2001, p. 716; commenté in M. NIHOUL, «La responsabilité du secrétaire communal... en devenir?», *Droit communal*, 2002, pp. 254 à 256, n^{os} 17 à 19. L'arrêt concerne une décision prise à l'unanimité et sans réserve, par les membres d'un collège des bourgmestre et échevins, de placer un ralentisseur de vitesse anormalement dangereux dans une agglomération, avec pour résultat des préventions individuelles établies de coups et blessures et d'homicide involontaire par imprudence.

(33) A. MASSET *o.c.*, *J.T.*, 1999, p. 655, n^o 10, *adr.*

(34) Cass., 3 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 408 et Mons, 3 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 45. A savoir lorsqu'une infraction a été commise tant par une personne physique que par une personne morale, à l'égard de celle de ces deux personnes qui a commis la faute la moins grave et pour autant que l'infraction commise par la personne physique l'ait été par négligence.

politique – contrairement à la justification avancée – que pour les éventuelles victimes³⁵.

3. Un critère profondément discriminatoire

D'autres considérations plaident contre le critère de l'organe élu en tant que justification de l'immunité pénale des collectivités publiques. Ensemble, elles contribuent à souligner son caractère profondément discriminatoire.

Premièrement, les personnes morales de droit public immunisées disposent d'un organe élu selon des règles démocratiques. Mais comment expliquer alors que l'immunité s'étende à ses autres organes? On sait en effet qu'une exception à un principe est d'interprétation stricte. Mais avant d'en arriver au stade de l'interprétation, l'exception doit d'abord être «de conception stricte», eu égard à la justification avancée, pour être conforme aux principes d'égalité et de non-discrimination. Tel n'est manifestement pas le cas en l'occurrence.

L'on prétextera peut-être que l'organe exécutif, pour ce qui le concerne, est à son tour choisi par les élus, dans une sorte d'élection au second degré. Le critère avancé par le législateur est toutefois bien l'élection *directe* d'un organe. Du reste, l'élection au second degré ne concerne que les ministres ou assimilés. Elle ne concerne pas les nombreux fonctionnaires, en particulier, dont la responsabilité pénale est également étendue par l'effet direct de l'immunité, comparé à celle d'employés dans d'autres personnes morales (parfois même de droit public) «dépourvues d'organe élu» au sens où le législateur l'entend³⁶. En effet, pas question non plus pour le fonctionnaire, à l'instar du politicien, d'invoquer la cause d'excuse absolutoire

(35) C'est surtout en ce qui concerne les «fautes pénales de service» – à défaut de pouvoir identifier précisément l'organe qui est à son origine – que l'immunité de responsabilité des collectivités publiques est susceptible d'être préjudiciable à la victime qui perd un interlocuteur solvable (v. ci-dessous, notes 39 et 40) ou, au contraire, d'être payante pour la personne immunisée (sauf à considérer que l'intérêt de la collectivité est d'éviter cette situation dans le chef d'un particulier).

(36) La crainte d'un recours devant la Cour d'arbitrage a été évoquée au Sénat, mais seulement eu égard à une discrimination éventuelle entre l'employé d'une personne physique et celui d'une personne morale (n° 1-1217/6, pp. 35 à 38). La voie de la question préjudicielle est aujourd'hui indiquée et elle est en tous cas préférable à une éventuelle extension de l'immunité *de facto*, par le ministère public ou (plus difficilement) par le juge répressif, pour raison d'équité à l'égard des fonctionnaires (sur ce point: B. GERVASONI, *o.c.*, *Amén.*, 2001, p. 211).

prévue par l'article 5 du Code pénal³⁷. Seule la responsabilité pénale du fonctionnaire comptera devant les juridictions répressives³⁸. Seule la solvabilité du fonctionnaire concerné permettra de panser les plaies des victimes, aussi, si l'on déplace ou élargit l'angle de comparaison lié au principe de non-discrimination^{39,40}. Tel était du moins le risque surtout avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi du 10 février 2003 relative à la

-
- (37) A noter que dans l'hypothèse où l'exonération de responsabilité pénale viendrait à être supprimée dans le chef d'une collectivité mentionnée à l'article 5 du Code pénal, peu importe la qualité d'organe ou de préposé dans le chef du fonctionnaire pour déterminer s'il est en mesure d'engager la responsabilité de sa collectivité. Toutes les personnes physiques sont concernées de ce point de vue, à défaut pour le législateur d'avoir distingué par une énumération limitative.
- (38) La situation d'un fonctionnaire comme le secrétaire communal est d'autant moins acceptable que les bourgmestres et échevins communaux font, quant à eux, l'objet d'un «régime discriminatoire adouci» (A. MASSET, *o.c.*, *J.T.*, 2001, p. 19, note 3 et *in G.U.J.E.*, *o.c.*, 2^e éd., T. XII, L. 119.3, 19 février 2001, p. 19, note 3) ou doublement discriminatoire, en quelque sorte, pour les autres. V. M. NIHOUL, *o.c.*, *Droit communal*, 2002, pp. 238 à 260, sp. pp. 244 et s.
- (39) Il faut remarquer, de ce point de vue, que la Cour d'arbitrage ne paraît pas toujours sensible à l'égard du sort des victimes, comparant facilement leur situation à celle de la généralité des créanciers d'indemnité confrontés à la faillite de leur débiteur. Ainsi jugé que «L'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'il a pour effet qu'un tiers victime d'une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil, qualifiée de légère et non habituelle, est traité différemment selon que le fait fautif a été commis par un travailleur qui, en vertu de cet article 18, bénéficie d'une exonération totale de sa responsabilité, ou par un organe de l'autorité non lié par un contrat de travail» (C.A., n^o 20/99, 17 février 1999, *Droit communal*, 2000, p. 209 et note P. COENRAETS ainsi que *R.W.*, 1999-2000, p. 871 et note A. VAN OEVELEN). Selon la Cour, en effet, s'il est possible que l'action intentée par la victime contre l'employeur ne puisse donner lieu à une indemnisation du fait que l'employeur est insolvable et que le dommage n'est pas couvert par une assurance puisque, sur base de l'article 18 précité, le travailleur, quant à lui, ne peut pas être poursuivi en justice pour une faute légère occasionnelle, «Il appartient (toutefois) au législateur d'apprécier si, dans la logique de la limitation de responsabilité qu'il a établie à l'article 18 précité, il convient de prévoir une garantie d'indemnisation des victimes en cas d'insolvabilité de l'employeur. Toutefois, la mise en balance des intérêts des victimes dans cette hypothèse particulière, d'une part, et des intérêts des travailleurs, d'autre part, n'aboutit pas au constat que ladite limitation de responsabilité est, du fait de son effet à l'égard de certaines victimes, disproportionnée à l'objectif poursuivi par l'article 18 précité, à savoir tenir compte du surcroît de risque qu'implique toute activité professionnelle et du fait que les travailleurs exercent la leur, pour partie, au profit de leur employeur. En outre, les victimes précitées ne se trouvent pas dans une situation différente de celle dans laquelle se trouve la généralité des créanciers d'indemnité confrontés à la faillite de leur débiteur».
- (40) Par contre, la victime ne subira pas les aléas du dispositif de l'article 5, alinéa 2, du Code pénal sur le plan de l'action civile. A noter tout de même le paradoxe d'une immunité liée à l'élection alors que celle-ci est susceptible d'entraîner un renouvellement relativement rapide des décideurs et donc de rendre plus difficile l'établissement d'une responsabilité (notamment eu égard au sort parfois radical réservé aux anciens dossiers) à défaut de pouvoir solliciter la personne morale.

responsabilité civile des personnes publiques et de leurs agents qui est venue aligner la responsabilité civile des membres du personnel au service d'une personne publique dont la situation est réglée statutairement sur celle de ceux liés par un contrat de travail⁴¹.

Un autre prétexte qui pourrait être avancé pour justifier l'immunité de la personne entière, plutôt que du seul organe élu, est celui de la logique retenue pour établir la responsabilité pénale des personnes morales dans la loi du 4 mai 1999: une logique de la personne, plutôt qu'une logique des organes. Or, précisément, seule la collectivité est nantie de la personnalité juridique et non les différents pouvoirs pris isolément. L'argument est plus convaincant, sur le plan juridique, même si en pratique deux pouvoirs sur trois ne sont concernés ni par l'élection ni par la responsabilité politique, pourtant toutes les deux invoquées cumulativement pour justifier l'immunité. Sous cet angle, il reste donc difficile de concevoir, au regard du principe de proportionnalité, que le caractère électif d'un seul organe bénéficie à l'ensemble des pouvoirs.

Deuxième considération complémentaire contre le critère de l'organe élu en tant que justification de l'immunité pénale critiquée: les règles de désignation des organes des personnes morales sont toutes fixées par la loi, et donc d'une certaine manière démocratiques⁴², que les personnes concernées soient publiques ou privées⁴³. L'on aurait pu songer, à cet égard, aux syndicats ou aux partis politiques, aujourd'hui essentiels dans la démocratie et directement responsables devant les urnes, à intervalles réguliers, pour ce qui est du contrôle politique; ils ont toutefois été «acci-

(41) *Mon.*, 27 février 2003, e.v. 9 mars 2003.

V. sur cette loi H. BOCKEN, «De aansprakelijkheid van en voor het overheidspersoneel», *NJW*, 2003, pp. 330 à 335; D. DEOM, «La responsabilité civile des fonctionnaires: une page se tourne», *Rev. dr. comm.*, 2003, à paraître; J. DE STAERCKE, «De wet van 10 februari 2003 betreffende de aansprakelijkheid van en voor personeelsleden in dienst van openbare rechtspersonen», *C.D.P.K.*, 2003, pp. 183 à 195; B. DUBUISSON, «La loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité civile des personnes publiques et de leurs agents», *J.T.*, 2003, pp. 507 à 512.

(42) J. MESSINNE, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 645 et *in o.c.*, 2000, p. 283.

(43) J. MESSINNE, *o.c.*, vol. II, 5^e éd., 2001, p. 114.

dentellement» tenus à l'écart de l'assimilation aux personnes morales⁴⁴. Sont bel et bien concernées, en revanche, des institutions diverses comme la Banque nationale, quant à elle visée par la responsabilité, alors que sa mission publique et son rôle démocratique sont indéniables⁴⁵; ou encore des institutions comme la Commission bancaire et financière, les ordres professionnels (dont ceux des avocats), etc.⁴⁶ Pourtant, l'immunité est réservée aux collectivités politiques.

La solution peut paraître d'autant plus étonnante que la même voie n'a pas été suivie par le législateur quelques mois plus tôt en matière de criminalité organisée, soit dans une matière présentée dans les travaux préparatoires comme étant à l'origine de la responsabilité pénale des personnes morales. L'article 324*bis* du Code pénal – voté le 10 janvier 1999 – prévoit en effet qu'«Une organisation dont l'objet réel est exclusivement d'ordre politique, syndical, philanthropique, philosophique ou religieux ou qui poursuit exclusivement tout autre but légitime ne peut, en tant que telle, être considérée comme une organisation criminelle au sens de l'alinéa 1^{er}».

(44) Les associations de fait n'ont en effet pas été assimilées comme telles à des personnes morales susceptibles d'être responsables pénalement. Elles sont donc d'une certaine manière immunisées, mais pas pour le motif avancé en faveur des collectivités publiques : elles l'ont été sans aucune véritable justification au regard du principe d'égalité et de non-discrimination, en dépit de l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat demandant à l'auteur du projet de justifier la raison objective de cette discrimination (Sénat, n° 1-1217/6, p. 125) et malgré deux amendements plus ambitieux proposés par M. DUQUESNE et M. BOURGEOIS pour remédier précisément à toute discrimination (Chambre, resp. amendement n° 2, n° 2093/2, pp. 2 et 3 et amendement n° 13, n° 2093/4, p. 1, tous deux rejetés dans la précipitation, voire même dans une certaine confusion). Seules ont été assimilées les associations momentanées et les associations en participation (art. 5, al. 3, 1°, du Code pénal). Rem. Sénat, n° 1-1217/1, p. 3 et n° 1-1217/6, pp. 7 et 8 : alors que la raison de l'extension consiste justement à éviter une discrimination, «La présente proposition limite cependant cette assimilation aux entités ayant des activités essentiellement économiques, parce que cette problématique est moins pertinente pour d'autres groupements de la société». Une justification nullement satisfaisante, selon M. DUQUESNE, en faveur d'une plus grande transparence dans un souci de contribuer «à la moralisation de la vie économique et sociale» (p. 3). A noter que la rapporteuse elle-même s'y est trompée, avant le vote au Sénat, en affirmant que «Par contre, sont incluses sans contestation possible les entités ne disposant pas de la personnalité juridique comme les associations momentanées et en participation, les sociétés sans personnalité juridique, les sociétés civiles et même les sociétés en formation. Le but est d'éviter la création de discriminations. En effet, il ne serait pas acceptable que les mêmes infractions conduisent à des poursuites différentes selon qu'elles seraient commises par une entité ayant ou n'ayant pas la personnalité juridique!» (Sénat, n° 1/254, 16 mars 1999, p. 7350).

(45) G. STESSENS, *o.c.*, *V&F*, 1999, p. 226.

(46) H. VAN BAVEL, *o.c.*, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 212.

L'argument est un argument de principe, davantage opposé au dogme démocratique qu'au critère de l'élection en tant que tel : le couvert de la démocratie ne permet pas la délinquance⁴⁷, ce qui, en droit pénal international, apparaît plus encore comme une évidence apparemment. A la réflexion, cependant, l'élection ne s'arrête pas toujours aux portes des collectivités et, dans cette mesure, la légitimité de l'immunité en sort davantage encore affaiblie. D'autant que l'élection n'a pas nécessairement pour cadre, non plus, une activité entièrement spécifique.

On rejoint, à cet endroit, un argument de type fonctionnel, lié à des activités étatiques parfois semblables à celles de personnes morales de droit privé et pourtant exercées par des entités étatiques. G. BOURGEOIS, à la Chambre, s'en était inquiété et avait par conséquent déposé un amendement – finalement rejeté, mais dans la précipitation – visant à réserver l'impunité à l'Etat et aux entités publiques fédérées et décentralisées «à condition qu'ils aient agi dans le cadre d'une mission de service public qui leur est confiée», comme aux Pays-Bas⁴⁸. Motif invoqué : «les autorités ne sont pas au-dessus des lois»⁴⁹, sous peine de discrimination. Une bonne raison de proposer aussi la suppression des centres publics d'aide sociale parmi les personnes morales de droit public exonérées, dans le même amendement. Non seulement ils «ne sont pas des organes élus directement», mais «les C.P.A.S. gèrent également des maisons de repos, des hôpitaux, etc., et ne peuvent dès lors être au-dessus des lois (...)»⁵⁰.

Le raisonnement n'est pas étranger à celui suivi par la Cour pour distinguer, parmi les personnes morales de droit public, celles qui «méritent» d'être responsables. Le critère proposé est toutefois différent : il n'est pas seulement organique mais aussi fonctionnel et, en cela, il paraît plus objectif.

(47) J. MESSINNE, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 645, *in o.c.*, 2000, p. 283 et *o.c.*, vol. II, 5^e éd., 2001, p. 114. Car enfin, s'il y a condamnation ou peine, c'est tout de même parce que la personne morale de droit public a commis une infraction : comment justifier qu'elle puisse «délinquer impunément»? L'obstacle paraît «insurmontable» à l'auteur (*o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 638).

(48) V. Chambre, n° 2093/3, p. 3, amendement n° 6 déposé par G. BOURGEOIS et abordé n° 2093/5, pp. 28 et 29 où le ministre observe – sans être contesté – qu'il aurait été tenu compte du caractère spécifique de la mission de service public dans la mesure où certaines sanctions (notamment la fermeture) ne peuvent être infligées, eu égard au principe de la continuité du service public. L'on n'était pas, de toute évidence, sur la même longueur d'ondes...

(49) *Ibid.*

(50) *Ibid.*

4. Un critère faussement rigoureux

Le critère de l'organe élu directement n'est pas seulement critiquable dans son principe, il l'est aussi dans son application.

En effet, si aucune discrimination n'est à recenser entre l'Etat et les collectivités territoriales ou politiques internes⁵¹ – parmi lesquelles figurent les organes territoriaux intracommunaux –, force est de constater que l'énumération des personnes immunisées ne concerne pas les collectivités publiques étrangères⁵², mais par contre bien les C.P.A.S., au détriment d'autres personnes morales de droit public qui ne l'ont pas été, quant à elles, comme les intercommunales.

Les organes territoriaux intracommunaux – ces organes territoriaux si bien connus qu'un député a demandé à ce que ces termes soient clairement définis, le ministre le renvoyant expressément à l'article 41, alinéas 2 et suivants de la Constitution⁵³ – ont été ajoutés à la liste des personnes immunisées en cours de route, par souci d'égalité : « Puisque le texte exclut les communes et les centres publics d'aide sociale, il faut aussi exclure les organes en question »⁵⁴. Ce choix a parfois été critiqué en doctrine – ajoutant le cas échéant au caractère discriminatoire du texte – au motif qu'il ne s'agirait pas de collectivités territoriales (expressément) nanties de la personnalité juridique⁵⁵. La personnalité juridique n'est pourtant pas le critère retenu par le législateur, mais bien celui de disposer d'un organe élu directement, critère que l'O.T.I. remplit aux termes exprès de l'article 41, alinéa 3, de la Constitution. Il convient, du reste, de dissocier la personna-

(51) La Cour d'arbitrage s'est déjà prononcée en faveur de l'égalité entre collectivités politiques, récemment en matière de prescription quinquennale des créances communales non visées par les lois sur la comptabilité de l'Etat (C.A., n° 35/2002, 13 février 2002, annoncé par C.A., n° 85/2001, 21 juin 2001, B.12.).

(52) P. TRAEST, *o.c.*, *T.R.V.*, 1999, p. 457; H. VAN BAVEL, *o.c.*, *A.J.T.*, 1999-2000, pp. 212 et 213; S. VAN GARSE, *o.c.*, *C.D.P.K.*, 2000, p. 349, n° 4, note 8; L. DUPONT, *in o.c.*, 2001, p. 11, n° 11. Sous réserve des immunités diplomatiques et de l'application éventuelle du droit étranger qui peut prévoir une immunité plus large ou plus stricte. Concernant les personnes morales étrangères en général, v. G. STESENS, *o.c.*, *V&F*, 1999, pp. 227 et 228.

(53) Chambre, n° 2093/5, resp. p. 5 et p. 12. P. HAMER et S. ROMANIELLO, en doctrine, concluent néanmoins que « Les travaux préparatoires ne permettent cependant pas de déterminer ce que recouvre précisément cette dernière notion » (*o.c.*, 1999, p. 34). Sur l'O.T.I., v. M. NIHOUL, « L'article 41 de la Constitution et la création d'organes territoriaux intracommunaux : curiosité institutionnelle ou nouveau principe constitutionnel de la décentralisation au second degré? », *C.D.P.K.*, 1999, pp. 202 à 235.

(54) V. Sénat, n° 1-1217/2, amendement n° 1 introduit par M. ERDMAN et justifié comme tel.

(55) S. VAN GARSE, *o.c.*, *C.D.P.K.*, 2000, n° 7, p. 350. L'auteur est relayé par L. DUPONT, *in o.c.*, 2001, n° 10, p. 10, note 21.

lité juridique civile et pénale au nom de l'autonomie du droit pénal, au terme de la loi sur la responsabilité pénale des personnes morales⁵⁶.

Pour ce qui est des C.P.A.S., le Conseil des ministres a précisé, dans son mémoire devant la Cour d'arbitrage, que le législateur a «jugé» que, bien que seuls une dizaine d'entre eux disposent d'un organe élu démocratiquement, il eût été discriminatoire d'introduire une distinction entre C.P.A.S.⁵⁷. A plusieurs moments, néanmoins, l'absence d'élection directe de la plupart de ces centres a été dénoncée au Parlement: par M. G. BOURGEOIS, dans un amendement n° 6 déjà mentionné ci-dessus; par M. BOUTMANS, qui proposait de limiter l'exonération aux seuls C.P.A.S. disposant d'un organe élu – aucun autre argument ne justifiant d'exclure les C.P.A.S. dès lors qu'ils ne sont pas non plus à l'abri d'éventuels mécanismes de fraude⁵⁸; et par M. VANDEURZEN selon qui, comme pour les intercommunales, «les membres ne sont pas élus directement mais par le biais du conseil communal. Sur base de quel critère cette énumération a-t-elle dès lors été établie?»⁵⁹.

En réalité, la solution retenue par le législateur revient à construire une exception artificielle autour d'une première exception déjà fragile, puisque l'élection d'un organe élu démocratiquement dans quelques C.P.A.S., tout au plus, est directement liée aux accords de pacification communautaire (les dix C.P.A.S. concernés sont ceux de la périphérie bruxelloise, de Comines-Warneton et de Fourons). En outre, le procédé législatif n'est pas sans risque à plus long terme si, par extraordinaire, l'élection venait par exemple à disparaître un jour dans les C.P.A.S. concernés: il y a fort à

(56) Sénat, n° 1-1217/6, p. 125; Chambre, 2093/5, p. 28. En vertu de l'article 41 de la Constitution, il revient au législateur fédéral – subsidiairement au législateur décentralisé – de conférer ladite personnalité juridique à l'O.T.I., sous réserve toutefois d'une éventuelle reconnaissance implicite par l'attribution d'un intérêt et de prérogatives, en particulier un patrimoine propre et la capacité d'ester en justice, voire même un personnel propre. Tel est le cas, sauf erreur, de l'Etat, des communes et des provinces, mais pas, dans l'histoire plus récente, des communautés, régions et commissions communautaires, ce qui paraît au demeurant plus respectueux de l'impératif de sécurité juridique. Il faut convenir, à cet égard, que la circonstance est défavorable à l'O.T.I. Rapp. A. MAST, M. VAN DAMME, J. DUJARDIN et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 16^e éd., Antwerpen, Kluwer, 2002, n° 60, p. 80 et note 11.

(57) A.5.1. V. en effet Sénat, n° 1-1217/1, p. 3 et n° 1217/6, p. 7: «En ce qui concerne les CPAS, certains disposent d'un tel organe, d'autres non. Il est par conséquent souhaitable d'exclure tous les CPAS du champ d'application»; S. VAN GARSSE, *o.c.*, C.D.P.K., 2000, p. 351, n° 8; J. MESSINNE, *in o.c.*, 2000, p. 283 et *o.c.*, vol. II, 5^e éd., 2001, p. 114.

(58) Sénat, n° 1-1217/2, amendement n° 2 «discuté» n° 1-1217/6, p. 50 où le sénateur a eu l'occasion de préciser de la sorte sa pensée en réponse à un collègue n'estimant pas «indiqué» qu'un C.P.A.S. soit poursuivi au pénal.

(59) Chambre, n° 2093/5, pp. 5 et 6.

parier que l'article 5 du Code pénal, perdu de vue entre-temps, ne serait pas modifié pour autant... Enfin, en toute hypothèse, selon S. VAN GARSSE, la discrimination ainsi établie serait plus grande que celle qui aurait résulté de l'immunité réservée à quelques C.P.A.S., d'autant que l'immunité s'étend aux hôpitaux ou maisons de repos gérés par eux – nouvelle discrimination –, sauf à opter pour une association hospitalière – discrimination supplémentaire encore, alors, selon le mode de gestion choisi⁶⁰.

A noter que le rapport avant le vote au Sénat, « inscrit dans les *Annales* », atteste le caractère bizarroïde de la décision finalement prise. On peut en effet y lire : « C'est ainsi que souhaitant initialement exclure les personnes morales de droit public disposant d'un organe directement et démocratiquement élu, on a exclu finalement tous les C.P.A.S. du champ d'application »⁶¹. Avec le recul, on ne peut pas dire que les parlementaires aient ainsi fait dans le détail : l'exception électorale eût à la limite justifié l'absence de tous les C.P.A.S. dans la liste des personnes morales de droit public exonérées, mais pas l'inverse, dans un souci de proportionnalité.

5. Conclusion

Manifestement, le critère de l'organe élu directement ne convient pas pour aménager une immunité susceptible de rencontrer les attentes légitimes de la population et le besoin d'efficacité lié aux affaires publiques. Critiqué avant même d'être retenu au parlement, on a vu qu'il était inadéquat, discriminatoire et en outre faussement rigoureux dans son application, en plus d'être inconvenant au regard de l'histoire publique belge. Il convient, dès lors, de s'interroger si une autre justification ne serait pas susceptible de faire l'affaire ou si, plus fondamentalement, ce n'est pas la question même de l'immunité qui doit être repensée dans son ensemble.

Par bonheur, les justifications habituellement avancées pour immuniser les agents ou affaires publiques sur le plan pénal ont été étudiées en détail par la doctrine qui en livre une présentation intéressante de laquelle transparaît en filigrane une solution intermédiaire, que l'on préconisera.

C. Les autres critères discutés en doctrine

Sept arguments sont traditionnellement avancés pour justifier une immunité pénale liée aux affaires publiques – donc en ce compris aux

(60) S. VAN GARSSE, *o.c.*, *C.D.P.K.*, 2000, n° 9, p. 351.

(61) Sénat, n° 1/254, 16 mars 1999, p. 7350.

collectivités politiques – que la doctrine s’est appliquée à recenser mais aussi à critiquer, sans cacher qu’elle ne leur est guère favorable.

1. La séparation des pouvoirs

Le premier argument est le *principe de la séparation des pouvoirs* qui s’opposerait à ce que le juge pénal s’immisce dans les affaires législatives ou administratives⁶².

Dans la droite ligne des observations déjà formulées plus haut à cet égard, on aperçoit de suite que ce principe ne tient plus du tout la route aujourd’hui. Il est même inconvenant dès lors qu’il a été écarté, à raison et de belle manière, en matière de contrôle de légalité et de responsabilité civile⁶³, et cela sans emporter pour autant une immixtion du juge civil ou administratif dans le domaine de l’opportunité. Séparation des pouvoirs n’est pas synonyme de cloisonnement des pouvoirs en Belgique⁶⁴ et ce principe ne peut interdire au juge civil ou pénal de se pencher sur le comportement des autorités publiques. Comme l’enseignait déjà l’arrêt *La Flandria*, malgré le principe de la séparation des pouvoirs, les gouvernants sont soumis à la loi (civile) et, à notre avis, également à la loi pénale.

Une circonstance aggravante en matière pénale, déjà évoquée plus haut, est que ressusciter le principe conduirait à l’absence de poursuites de la personne morale publique elle-même, mais pas des personnes physiques qui en assurent le fonctionnement, bien au contraire, en particulier l’homme politique élu que l’on souhaite pourtant protéger, fût-ce de manière temporaire, eu égard à ses fonctions. Avec quel gain, par conséquent, sur le plan de la séparation concrète des pouvoirs? Certainement aucun, en ce compris du reste pour ce qui est des victimes.

(62) M. FAURE et D. ROEF, *o.c.*, *R.W.*, 1995-1996, p. 426, n° 32; D. ROEF, *o.c.*, *T.M.R.*, 1997, pp. 98 et 99 ainsi que *in o.c.*, 1999, pp. 158 et 159; F. DERUYCK, *in o.c.*, 1998, n° 15, pp. 130 et 131; H. VAN DRIESCHE, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, n° 41, pp. 839 et 840, suivie par T. DE GENDT, *o.c.*, 2001, p. 31.

(63) Y compris en matière législative avec la responsabilité civile de l’Etat du fait de pouvoir législatif en passe d’être consacrée par la Cour de cassation. Très récemment, H. VUYE a fait le point sur cette question: «Aansprakelijkheid wegens ondeugdelijke wetgeving. Een laatste bastion na Flandria, Anca, Francovich en Brasserie du pêcheur?», *in Overheidsaansprakelijkheid* (actes de colloque), K.U.Leuven, pp. 70 à 133; «Aansprakelijkheid van de Belgische Staat voor het doen en laten van de wetgever», *R.G.D.C.*, 2002, pp. 526 à 540. Rem. aussi K. STANGHERLIN, «La responsabilité de l’Etat du fait du service public de la justice», *R.G.D.C.*, 2002, pp. 502 à 525.

(64) Dans ce sens: A. ALEN, «‘Scheiding’ of ‘samenwerking’ der machten», *Academia Analecta*, Brussel, 1990; «Séparation ou collaboration des pouvoirs», *A.P.T.*, 1990, pp. 221 et s.; «‘Scheiding’ of ‘samenwerking’ der machten», *Jura Falc.*, 1992-93, pp. 13 et s.

2. Le contrôle politique exclusif

Le deuxième argument relevé⁶⁵, dans la même veine que le premier, revient à privilégier *le contrôle politique* qui exclurait tous les autres, en l'occurrence celui du juge pénal.

Non seulement cet argument est inadéquat, comme démontré à suffisance ci-dessus (le contrôle politique ne vise pas la collectivité mais bien l'homme politique, uniquement au sein de l'exécutif, éventuellement l'ensemble des membres du gouvernement), mais en plus il est incorrect puisqu'il ne correspond pas du tout à la réalité – en ce compris et surtout au niveau local. En effet, il est expressément prévu par les textes que les personnes physiques peuvent être poursuivies et jugées, comme en témoignent différentes immunités procédurales destinées à protéger leurs fonctions, et donc limitées en conséquence. C'est dire si le contrôle politique n'est pas du tout conçu pour censurer des faits incriminés. Ces immunités n'existent d'ailleurs pas lorsque la responsabilité politique est assumée devant le parlement pour des fautes commises par des personnes au sein d'un ou de plusieurs services. Enfin, la responsabilité politique assumée n'exonère en aucun cas d'une responsabilité pénale éventuelle, pas plus d'ailleurs qu'elle n'exonère d'une éventuelle responsabilité civile ou disciplinaire.

3. La perte de confiance en l'autorité

Un troisième argument évoqué est *la perte de confiance en l'autorité* qu'engendreraient, parmi la population, les poursuites ou condamnations éventuelles⁶⁶.

Argument peu juridique, s'il en est, auquel il est généralement répondu sur le même registre en relevant que le sentiment d'impunité ou d'injustice est plus dévastateur encore, en l'absence de poursuites ou de condamnations, à partir du moment où elles sont méritées.

Il va surtout de soi, dans un Etat de droit, que l'autorité doit se soumettre à ses propres lois et qu'elle doit être la première à les respecter. «L'exemple vient d'en haut», en quelque sorte. Mais l'on pourrait aussi

(65) M. FAURE et D. ROEF, *o.c.*, *R.W.*, 1995-1996, p. 426, n° 33; D. ROEF, *o.c.*, *T.M.R.*, 1997, p. 99 et *in o.c.*, 1999, pp. 159 à 160; F. DERUYCK, *in o.c.*, 1998, n° 15, p. 131; H. VAN DRIESSCHE, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, p. 839, n° 42, suivie par T. DE GENDT, *o.c.*, 2001, pp. 31 et 32.

(66) M. FAURE et D. ROEF, *o.c.*, *R.W.*, 1995-1996, p. 426, n° 34; D. ROEF, *o.c.*, *T.M.R.*, 1997, p. 99 et *in o.c.*, 1999, p. 16; F. DERUYCK, *in o.c.*, 1998, n° 15, p. 132; H. VAN DRIESSCHE, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, p. 839, n° 43, suivie par T. DE GENDT, *o.c.*, 2001, p. 32.

penser, de ce point de vue, que l'immunité de la collectivité débouche en réalité sur une responsabilité plus grande de l'homme politique⁶⁷, ce qui n'est pas totalement inintéressant sur le plan de la « traçabilité » des responsabilités, du moins lorsque des personnes physiques responsables peuvent être identifiées⁶⁸. Sauf que les décideurs politiques ne sont pas les seuls à voir leur responsabilité accrue du fait de l'immunité.

4. La continuité du service public

Un quatrième argument relevé est *le principe général de la continuité du service public*⁶⁹, apparenté au principe de la séparation des pouvoirs, mais dont il convient de suite de préciser qu'il trouve sa source dans un principe plus général et fondamental, consacrant la nécessité de la non-interruption et de la permanence des autorités constituées, tiré de l'article 187 de la Constitution. On a eu l'occasion de montrer ailleurs que le principe de la continuité du service public ne peut donc pas être appréhendé isolément en ce qui concerne le seul pouvoir exécutif. En particulier, il ne peut pas être invoqué par un pouvoir (exécutif) pour dispenser de l'intervention d'un autre pouvoir (judiciaire)⁷⁰, ce qui vaut également en matière de responsabilité pénale. En d'autres termes, il n'est pas permis de faire l'économie

(67) On a vu que l'immunité revient en effet à privilégier la responsabilité des personnes physiques exerçant le pouvoir, au lieu de s'en prendre à des personnes fictives émanant de et englobant au demeurant la population concernée.

(68) Le cas échéant, la preuve d'une faute est beaucoup plus difficile à apporter. V. sur ce point sp. D. ROEF, *o.c.*, *T.M.R.*, 1997, pp. 101 et 102 ainsi que *in o.c.*, 1999, pp. 165 à 170. L'auteur y voit un avantage manifeste en faveur de la responsabilité pénale des collectivités publiques en matière d'environnement, lié à une plus grande solvabilité – y compris dans le temps – dans une matière très onéreuse, un incitant à prendre ses responsabilités en la matière et un enjeu majeur pour la légitimité du droit pénal en général qui requiert la sujétion de l'autorité à son prescrit. *Add.* B. GERVASONI, *o.c.*, *Amén.*, 2001, pp. 211 et 212 mentionnant la forte dépendance administrative du droit pénal de l'environnement. A noter aussi J. HERMANN, pour qui précisément « La logique de la responsabilité administrative privilégie largement la faute de service, faute impersonnelle qui, pour les requérants, occulte les responsabilités individuelles. Le procès administratif ne permet pas la personnalisation des responsabilités et, de plus il est souvent perçu « comme un procès entre gens de bonne compagnie » » (« Les « responsables publics » et les personnes morales de droit public à l'épreuve de la responsabilité pénale », *in Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., Droit et société n° 5, 1998, p. 376).

(69) D. ROEF, *o.c.*, *T.M.R.*, 1997, pp. 99 et 100; F. DERUYCK, *in o.c.*, 1998, n° 15, p. 132; H. VAN DRIESSCHE, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, p. 839, n° 44, suivie par T. DE GENDT, *o.c.*, 2001, p. 32. Rapp. B. GERVASONI, *o.c.*, *Amén.*, 2001, p. 209, favorable à l'immunité limitée aux missions de service public. A noter que pour D. ROEF, la distinction selon la nature publique ou privée de l'activité s'apparente à un « ghost from the past » contraire à la jurisprudence « La Flandria » (*o.c.*, *T.M.R.*, 1997, p. 102 et *in o.c.*, 1999, p. 168).

(70) M. NIHOUL, *o.c.*, 2001, pp. 613 à 616, n° 493 à 495.

du contrôle par le juge pénal, fut-ce en présence d'une loi, eu égard à la nécessaire constitutionnalité de celle-ci.

L'argument de la continuité du service public plaide en réalité contre l'immunité pure et simple des personnes morales de droit public énumérées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal puisque, précisément, la continuité du service public est avancée à l'article 7*bis* du même code pour assurer celle-ci au niveau des peines en ce qui concerne les personnes morales publiques non énumérées. L'immunité complète n'est donc pas nécessaire pour assurer concrètement la continuité des services publics et, de ce point de vue, les personnes publiques non immunisées peuvent par conséquent s'estimer lésées, car discriminées.

En effet, la confiscation spéciale prononcée à l'égard des personnes morales de droit public ne peut porter que sur des biens civilement saisissables (c'est-à-dire des biens déclarés comme tels ou, à défaut ou en cas d'insuffisance, des biens qui ne sont manifestement pas utiles pour l'exercice de la mission publique ou pour la continuité du service public⁷¹); la dissolution est exclue à l'égard des personnes morales de droit public; l'interdiction d'exercer une activité relevant de l'objet social est exclue en ce qui concerne des activités qui relèvent d'une mission de service public; et la fermeture d'un ou de plusieurs établissements est exclue pour ce qui est des établissements où sont exercées des activités qui relèvent d'une mission de service public⁷².

L'argument est d'autant moins pertinent aujourd'hui que la Cour de cassation a consacré la portée relative – c'est-à-dire non absolue et donc «plus réaliste» – du principe de la continuité du service public. Elle l'a fait en matière d'exécution forcée des biens de l'Etat, en particulier, dans laquelle elle a déjà dû en découdre avec le poids de la tradition dont était lesté le principe.

En 1980, elle avait commencé par soustraire les autorités publiques du droit commun de l'exécution en décidant sans nuance que les biens d'une personne publique ne peuvent faire l'objet de mesures d'exécution forcée. Motif invoqué: le principe général de la *continuité du service public*⁷³

(71) V. l'article 1412*bis* du Code judiciaire.

(72) Rem. sur ce point J. MESSINNE, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 638 et *in o.c.*, 2000, p. 284: sans préjudice du libellé de l'article 7*bis* du Code pénal, l'interdiction d'exercer une activité ou la fermeture sont des sanctions dont les conséquences seraient désastreuses, dans l'absolu, pour les entreprises ou services publics.

(73) Sur le principe de la continuité du service public, v. S. STIJS et H. VUYE, «La faculté de remplacement à la lumière de l'exécution en nature et du principe de la continuité du service public», *R.G.D.C.*, 1999, pp. 635 et s.

interdit toute mesure d'exécution. Dans un arrêt du 26 juin 1980, la Cour de cassation donne ainsi une interprétation absolue au principe de la continuité du service public, en ce sens que les personnes publiques ne doivent même pas prouver que la continuité du service public est *réellement* en danger, c'est-à-dire dans les faits. Il suffit d'invoquer cette continuité pour rendre toute mesure d'exécution forcée impossible, même lorsqu'en réalité elle n'est nullement menacée⁷⁴.

Pareille interprétation était trop absolue. La Cour de cassation s'en est rendu compte et a, dans un arrêt du 30 septembre 1993⁷⁵, modifié son interprétation⁷⁶. Dans cet arrêt, la Cour confirme que les biens d'une personne publique ne peuvent faire l'objet de mesures d'exécution forcée. Mais en même temps, la Cour précise qu'une mesure d'exécution forcée n'est interdite que lorsqu'elle «*entrave effectivement la continuité du service public*». De cette façon, la Cour relativise la continuité du service public en attribuant au juge la compétence de vérifier si, dans les faits, la continuité est réellement en danger. Cette interprétation du principe de la continuité du service public a été confirmée dans deux arrêts postérieurs du 24 avril 1998⁷⁷ et du 28 janvier 1999⁷⁸. En outre, la Cour de cassation a limité la portée du principe de la continuité du service public, dans ce sens que le principe «*tend seulement à assurer la permanence des institutions publiques et leur fonctionnement*»⁷⁹.

On le voit: il n'est pas permis, dans ces conditions, de se prévaloir du principe de la continuité pour organiser et justifier aujourd'hui l'immunité pénale des personnes morales de droit public. On le pressent aussi: une voie comparable, c'est-à-dire plus pragmatique, est souhaitable en matière de responsabilité pénale des collectivités publiques. Mais elle ne se situe pas nécessairement du côté de l'étiquette de «mission de service public» à

(74) V. H. VUYE, «Overheid en eigendom herbekeken in het licht van art. 1412bis Ger.W.: over overheidsimmunititeit, rechtstreekse en onrechtstreekse uitvoering», *Eigendom – Propriété*, Bruges, 1996, pp. 239 à 284; du même auteur, *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten*, Bruges, Die Keure, 1995, n° 819, pp. 838 à 841.

(75) Cass., 30 septembre 1993, *Pas.*, 1993, I, 769, *R.W.*, 1993-94, p. 954, *Proces & Bewijs*, 1994-3, p. 67, *J.L.M.B.*, 1994, p. 290. Pour une analyse de l'arrêt: A. VAREMAN, «Vaarwel aan de absolute uitvoeringsimmunititeit?», note sous Cass., 30 septembre 1993, *Proces & Bewijs*, 1994-3, pp. 67 à 72.

(76) V. S. STIJNS et H. VUYE, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 1999, pp. 635 et s.

(77) Cass., 24 avril 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 655, *J.L.M.B.*, 1999, p. 672, note P. COENRAETS et D. DELVAX, *R.R.D.*, 1998, p. 316, *Rev. dr. comm.*, 1999, p. 176, *R.W.*, 2000-01, p. 1195, note S. BRIJS.

(78) Cass., 28 janvier 1999, *R.G.D.C.*, 1999, 654, *R.W.*, 2000-01, 1198, note S. BRIJS.

(79) Cass., 30 septembre 1993, Cass., 24 avril 1998, Cass., 28 janvier 1999, tous trois cités ci-dessus.

propos de laquelle S. VAN GARSSE⁸⁰ attire l'attention qu'une telle mission, même noyée dans un objet social beaucoup plus large, pourrait bien un jour servir d'«alibi» tout trouvé à certains établissements eu égard à certaines catégories d'infractions. Selon l'auteur, il suffirait en effet à une organisation criminelle d'emprunter la forme d'une société dont l'objet social serait étendu à une mission de service public pour éluder ces peines, ce qui expliquerait d'ailleurs pourquoi le législateur s'est montré relativement limitatif en élaborant une protection à géométrie variable: les *personnes morales de droit public* sont protégées de la confiscation spéciale limitée aux biens civilement saisissables et de la dissolution, tandis que l'interdiction d'exercer une activité relevant de l'objet social et la fermeture d'un ou de plusieurs établissements sont prévues à l'exception des activités ou d'établissements où sont exercées des activités qui relèvent d'une *mission de service public*.

5. L'auto-condamnation

Un cinquième argument consiste à déduire du *caractère public de l'action pénale* son incompatibilité avec la qualité de personne poursuivie⁸¹, en tout cas pour ce qui concerne l'Etat fédéral dont relève aujourd'hui le pouvoir juridictionnel.

Pourtant, à la lumière de l'article 33 de la Constitution, ce n'est pas à proprement parler l'Etat qui poursuit, mais bien l'organe désigné par la Constitution, en l'occurrence le pouvoir judiciaire.

Du reste, à suivre un tel argument, de nouveau, la responsabilité civile de l'Etat⁸² devrait, elle aussi, être exclue puisque la condamnation «de soi-même» émane alors également d'un pouvoir public, à savoir le pouvoir judiciaire, si ce n'est qu'au pénal la poursuite est, en sus, diligentée par le ministère *public*. La différence est toutefois mince entre être à la fois juge et partie, d'une part, et à la fois juge, partie poursuivante et partie poursuivie... Et on ne peut pas dire que le ministère public, composé de magistrats indépendants, soit en réalité dépendant du ministre de la Jus-

(80) S. VAN GARSSE, *o.c.*, *C.D.P.K.*, 2000, p. 355, n° 20.

(81) M. FAURE et D. ROEF, *o.c.*, *R.W.*, 1995-1996, p. 427, n° 36; D. ROEF, *o.c.*, *T.M.R.*, 1997, p. 100 et *in o.c.*, 1999, pp. 162 et 163; F. DERUYCK, *in o.c.*, 1998, n° 17, p. 134; H. VAN DRIESSCHE, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, n° 45, pp. 839 et 840, suivie par T. DE GENDT, *o.c.*, 2001, p. 33. *Add.* E. PICARD, «La responsabilité pénale des personnes morales de droit public: fondements et champ d'application», *Rev. Sociétés*, 1993, pp. 276 et 277.

(82) Le même raisonnement peut être effectué à l'égard des contrôles de légalité au sens large confiés par la Constitution tantôt au Conseil d'Etat (traditionnellement «lié» au ministère de l'Intérieur, notamment en terme de budget), tantôt à la Cour d'arbitrage, selon la valeur de l'acte concerné.

tice. L'évidence du propos, aujourd'hui, ne requiert pas d'autres développements à ce sujet. Surtout depuis que l'indépendance du ministère public est expressément consacrée à l'article 151, § 1^{er}, de la Constitution.

6. L'amende à soi-même

Un sixième argument, lié au précédent mais néanmoins spécifique, est celui du destinataire de l'amende et qui fait que l'Etat – l'Etat fédéral, du moins – se condamne en définitive à *se payer à soi-même une amende*⁸³, ce qui ne présenterait aucun intérêt.

L'argument est d'autant plus pertinent que l'amende est la sanction privilégiée en matière de responsabilité pénale des personnes morales. Il est toutefois régulièrement qualifié de simpliste⁸⁴ dans la mesure où le budget de l'Etat fédéral emporte en réalité une certaine responsabilité des différents ministères et de ses structures⁸⁵ et parce qu'il occulte la dimension préventive de l'amende, mais aussi les liens entre les volets pénal et civil d'une action pénale qui peuvent déboucher sur une réparation en nature.

Il est en outre avancé que la responsabilité pénale des personnes publiques emporterait un plus grand contrôle démocratique de l'exercice du pouvoir⁸⁶. Rien n'est moins sûr, à cet égard, car au terme du dispositif tel

(83) M. FAURE et D. ROEF, *o.c.*, *R.W.*, 1995-1996, p. 427, n° 37; D. ROEF, *o.c.*, *T.M.R.*, 1997, pp. 100 et 101 ainsi que *in o.c.*, 1999, pp. 163 et 164; F. DERUYCK, *in o.c.*, 1998, n° 17, p. 134; H. VAN DRIESSCHE, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, p. 840, n° 46, en partie suivie par T. DE GENDT, *o.c.*, 2001, pp. 34 et 35. Il s'agit du «vestzak-broekzak-argument». En faveur de l'objection: J. MESSINNE, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 638 et *in o.c.*, 2000, p. 283.

(84) Not. par D. ROEF, *o.c.*, *T.M.R.*, 1997, p. 101 et *in o.c.*, 1999, p. 163; F. DERUYCK, *in o.c.*, 1998, n° 17, p. 134; H. VAN DRIESSCHE, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, p. 840, n° 46.

(85) A l'exception du ministère de la Justice qui, en matière pénale, serait le seul à se payer l'amende à soi-même en fin de compte. Ce qui conduit T. DE GENDT à proposer la création d'un fonds consacré à des projets ou organisations d'intérêt général extérieures à l'autorité fédérale, à l'indemnisation des victimes de fautes commises par l'autorité ou à l'indemnisation provisoire des victimes de dégâts collectifs, par comparaison avec le fonds d'aide aux victimes d'actes violents (*o.c.*, 2001, pp. 34 et 35). L'idée ne résout toutefois pas les difficultés importantes liées au fédéralisme et à la punition de la communauté, exposées ci-dessous. Elle ne paraît au demeurant pas très réaliste en termes de gestion efficace des finances publiques.

(86) M. FAURE et D. ROEF, *o.c.*, *R.W.*, 1995-1996, p. 427, n°s 37 et 38 (une occasion donnée à l'autorité de se disculper au besoin); D. ROEF, *o.c.*, *T.M.R.*, 1997, p. 101 et *in o.c.*, 1999, p. 164; H. VAN DRIESSCHE, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, p. 840, n° 46. P. HAMER et S. ROMANIELLO résument ainsi la doctrine comme estimant au contraire «que la responsabilité pénale des personnes morales de droit public permet un meilleur contrôle démocratique et permet de donner l'alerte aux citoyens et aux personnes politiques responsables. En outre, l'avantage de poursuites débouchant sur un procès public est d'assurer une certaine transparence» (*in o.c.*, 1999, p. 27).

que conçu en droit belge, il ne faut pas perdre de vue que des personnes physiques peuvent se cacher derrière la personne morale.

Il faut noter, enfin, que l'argument opère au niveau des peines et non à celui de la responsabilité. A ce titre, il ne s'oppose donc nullement à celle-ci.

7. «L'auto-flagellation»

Le septième argument, lié aux deux précédents, est d'ordre éthique et vise *l'injustice qu'il y a à condamner la collectivité*, c'est-à-dire les citoyens, au terme du procès pénal, alors que la communauté subit déjà les conséquences du fait reproché (par exemple en matière d'environnement, de détournement de fonds ou autres); pourquoi ajouter à cela une peine collective?⁸⁷

C'est sans doute l'argument le plus fort, d'ailleurs soulevé en France par E. PICARD⁸⁸ pour contester la responsabilité pénale des personnes morales de droit public établie depuis 1992, à l'exception de l'Etat central. Certes, le même sentiment peut être éprouvé en matière de responsabilité civile, mais il faut remarquer que l'indemnisation des victimes est dans ce cas prépondérante, ce que ne vise absolument pas l'amende, en revanche.

Si l'argument paraît convaincant, il faut être conscient qu'il touche directement au caractère collectif de la responsabilité et de la répression appliquées aux personnes morales en général. Il remet en cause le principe même de l'anthropomorphisme auquel le législateur s'est livré au nom de la lutte contre le crime organisé. C'est toute la question du mythe de la personnalité morale et de sa responsabilité pénale qui est posée, alors que les délinquants, eux, ne sont pas fictifs. Pareille remise en cause ne saurait toutefois pas être limitée aux collectivités publiques sous peine, précisément, de discrimination.

Néanmoins, deux éléments dérangent davantage en présence de collectivités publiques. Il s'agit, d'une part, des transferts financiers entre collectivités au sein de l'Etat fédéral qui ne paraissent ni favorables au

(87) D. ROEF, *o.c.*, *T.M.R.*, 1997, p. 100 et *in o.c.*, 1999, pp. 161 et 162; F. DERUYCK, *in o.c.*, 1998, n° 15, p. 132; H. VAN DRIESSCHE, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, p. 840, n° 47 suivie par T. DE GENDT, *o.c.*, 2001, pp. 35.

(88) E. PICARD, *o.c.*, *Rev. Sociétés*, 1993, pp. 272 à 274. Dans les pages qui suivent, l'auteur invoque en effet, sur fond de cette injustice, une différence objective de situations justifiant une discrimination fondée sur la puissance publique. Dans l'état actuel du droit français, il dénonce une autre discrimination entre l'Etat exonéré et les autres personnes publiques (en ce compris les collectivités territoriales), quant à elles sujettes à la responsabilité pénale.

climat de paix communautaire⁸⁹, ni favorables à la défense des différents intérêts publics – fédéral, régional, (bi)communautaire et même (intra)communal – dont les différentes collectivités doivent s'acquitter; et, d'autre part, d'une collectivisation *a priori* illimitée⁹⁰ des risques lorsque la responsabilité pénale d'une collectivité publique est engagée.

A noter enfin que l'argument de ce que l'on a appelé «l'auto-flagellation», comme le précédent argument, opère au niveau des peines et non à celui de la responsabilité. L'imagination est donc au pouvoir pour permettre à la fois la responsabilité et des peines adaptées aux personnes morales concernées, c'est-à-dire adéquates.

8. Conclusion

Au terme de cette analyse, il paraît en définitive étonnant que le législateur et la Cour d'arbitrage aient préféré retenir le critère du contrôle politique exclusif comme justification de l'immunité pénale des collectivités publiques. Ils auraient en effet pu retenir des critères moins suffisants – également plus populaires – en ce compris celui évoqué de la nécessité, eu égard aux affaires publiques, de responsabiliser davantage les décideurs politiques eux-mêmes par rapport à la population⁹¹; voire encore ceux, déjà moins francs, du bon fonctionnement des institutions en général ou de l'intérêt général. L'un et l'autre sont présentés, le premier par J. MESSINNE comme étant classique pour expliquer des régimes d'immunités parlementaire, diplomatiques ou autres⁹², le second notamment par S. VAN GARSSE, dans la foulée de la solution retenue aux Pays-Bas, mais pour conclure qu'au lieu d'une immunité complète, la responsabilité pénale des personnes morales de droit public aurait gagné à être aménagée de manière à prendre en compte leur spécificité au niveau des peines, comme c'est

(89) On imagine en effet des stratégies – au moins suspectées – qui pourraient consister, dans une société fondée sur la concurrence, à vouloir faire condamner une autre collectivité de même niveau de manière à s'assurer une supériorité financière ou en termes d'image. Le même risque existe entre différents ministères, services ou départements.

(90) Dans la mesure où la faillite est tout aussi *a priori* étrangère aux collectivités publiques, dont les ressources paraissent illimitées (et ce même si, en définitive, «c'est quand même nous qui payons»...). Il faut reconnaître, à cet égard, que l'on conçoit plus facilement des personnes morales de droit privé, que des personnes de droit public, contraintes de fermer leurs portes – sauf peut-être à en être le principal actionnaire, mais le point de vue, à cet égard, doit être plus général.

(91) Là où, de ce point de vue, le bât continue de blesser, cependant, c'est que les décideurs politiques, pour rappel, ne sont pas les seuls à voir leur responsabilité accrue du fait de l'immunité.

(92) J. MESSINNE, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 645 et *in o.c.*, 2000, p. 283.

d'ailleurs le cas avec les personnes morales non territoriales ou constitutives de collectivités politiques eu égard à la continuité du service public⁹³.

Il reste néanmoins que la plupart des arguments invoqués sont plutôt faibles pour justifier une immunité totale. Dans ce sens, M. FAURE et D. ROEF concluaient dès 1995 à l'absence d'argument convaincant en faveur de l'immunité des personnes morales de droit public quelles qu'elles soient⁹⁴. Aujourd'hui encore, c'est surtout le dispositif lui-même, nous semble-t-il, qui paraît trop radical et, partant, disproportionné.

Il est certes peut-être légitime de la part des parlementaires d'avoir craint en mai 1999 de voir l'Etat submergé par un contentieux pénal susceptible de paralyser les affaires publiques⁹⁵. Mais n'est-il pas paradoxal, alors, de voir les mêmes parlementaires susciter eux-mêmes moult commissions d'enquête sur les sujets les plus divers et à la moindre occasion?

Cela dit, il est indubitable qu'il est plus facile, en pratique, de citer ou déposer plainte contre une collectivité impersonnelle, de surcroît mise à l'amende, plutôt qu'à l'encontre d'un agent de l'Etat en chair et en os, passible de prison, et dont on a éventuellement conscience qu'il n'est pas parfait. La responsabilité pénale des collectivités politiques, si elle devait être établie un jour, serait par conséquent de nature à augmenter le nombre de poursuites ou recours liés aux affaires publiques; encore que l'on puisse se demander si la plupart de ces recours n'aboutissent pas déjà devant les juridictions civiles ...

Quoi qu'il en soit, la crainte de recours ne saurait pas justifier une discrimination et, avec le recul, il est même plutôt sain de diriger le citoyen vers des juges indépendants plutôt que vers les hommes politiques eux-mêmes, ou pire dans le cadre de leurs «célèbres» permanences. A présenter

(93) S. VAN GARSSE, *o.c.*, *C.D.P.K.*, 2000, p. 349, n° 4 et p. 354, n° 18. Dans le même sens déjà: P. TRAEST, *o.c.*, *T.R.V.*, 1999, p. 456; A. DE NAUW et F. DERUYCK, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, p. 900. D. ROEF, à cet égard, insistait déjà sur la nécessité de ne pas toucher à la responsabilité formelle des collectivités publiques, mais d'intervenir plutôt au niveau de la responsabilité matérielle par le juge (pour plus de flexibilité et de pragmatisme), c'est-à-dire en définitive au niveau des peines (*o.c.*, *T.M.R.*, 1997, p. 103 et *in o.c.*, 1999, pp. 172 et 173, conclusion en faveur d'une «strafuitsluitingsgrond» au lieu d'une «vervolgingsuitsluitingsgrond» pour éviter aussi que l'on fasse de la responsabilité de la collectivité publique un remède miracle et un substitut de la responsabilité de la personne physique, ce qui conduirait tôt ou tard à une forme d'apathie).

(94) M. FAURE et D. ROEF, *o.c.*, *R.W.*, 1995-1996, p. 427, n° 38.

(95) En France, par exemple, il semble que les citoyens se tournent de plus en plus vers le juge pénal du fait de l'inadaptation, à leurs yeux, du procès civil et du procès administratif. V. J. HERMANN, *in o.c.*, 1998, p. 376.

les choses de cette manière, l'aberration d'une responsabilité politique exclusive de la responsabilité pénale apparaît dans toute sa splendeur. Concrètement, il existe à l'évidence d'autres moyens que l'immunité d'éviter les abus de procédure, qui sont les seuls à pouvoir être légitimement craints. Bref, après mûre réflexion, il est une voie intermédiaire qui pourrait être choisie par le législateur pour résoudre définitivement cette question qualifiée d'épineuse⁹⁶ et éviter ainsi une censure concevable, à terme, par la Cour d'arbitrage autrement composée.

III. Vers une solution de compromis

Après mûre réflexion, donc, il semble exister une voie intermédiaire qui pourrait être choisie par le législateur pour «mieux ménager la chèvre et le chou». Une solution de compromis plus conforme au principe de proportionnalité, et donc au principe d'égalité et de non-discrimination, et qui trancherait avec l'immunité pure et simple des collectivités publiques qui, quoi que l'on en dise, reste dérangeante – voire choquante – sur le plan des principes.

La solution proposée fait penser à celle retenue dans un tout autre cadre, en matière de délai raisonnable. Elle tient en une sorte de «simple» déclaration de culpabilité sans peine (en tout cas sans amende⁹⁷), mais dont les effets, en pratique, peuvent aboutir à résoudre une série de traitements différenciés recensés.

Tout le monde s'accorde en effet pour reconnaître la nécessité d'assurer la pérennité de l'Etat et de ses composantes, mais sans porter préjudice au

(96) F. DERUYCK, *o.c.*, 1996, n° 223, p. 176 et *in o.c.*, 1999, p. 38, n° 4.

(97) Les autres peines prévues par l'article 7bis du Code pénal assurent en effet une protection des intérêts publics tantôt liée à la mission de service public, tantôt à la qualité de personne morale de droit public. Cette protection a valu aussi une série de critiques d'ordre discriminatoire, et ce malgré une proportionnalité plus acceptable comparé, notamment, au point de vue civil ou judiciaire. Pour rappel, les personnes ne sont pas exonérées de leur responsabilité civile et l'immunité d'exécution est limitée aux biens qui ne sont manifestement pas utiles pour l'exercice de leur mission ou pour la continuité du service public. Les peines prévues par le nouvel article 7bis du Code pénal font état du même principe, en se référant d'ailleurs expressément à l'article 1412bis du Code judiciaire pour ce qui est de la confiscation spéciale. A noter que la «cause d'aggravation» de la discrimination au niveau des peines était invoquée par les parties dans leur mémoire, dans la mesure où l'article 7bis limite la confiscation prononcée à l'égard des personnes morales de droit public et interdit leur dissolution ou leur fermeture (A.4.2. dans l'arrêt commenté). V. aussi J. MESSINNE, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 2000, pp. 646 et 647, *in o.c.*, 2000, p. 284 et *o.c.*, vol. II, 5^e éd., 2001, p. 114; S. VAN GARSSE, *o.c.*, *C.D.P.K.*, 2000, p. 349, n° 4.

citoyen, que le droit sert à protéger. Par citoyen, il faut entendre tous les citoyens, au sens large, c'est-à-dire d'abord ceux qui subissent un préjudice direct lié à une «infraction publique», mais aussi ceux qui consacrent leur vie professionnelle aux affaires publiques⁹⁸, et enfin l'ensemble des citoyens, de manière plus indirecte, qui ne doivent pas pâtir d'une diminution des moyens pour réaliser de nouvelles politiques sous l'effet d'éventuelles amendes.

Dans cette perspective, admettre qu'une collectivité publique soit déclarée coupable sans subir les amendes entraîne une solution plus juste pour toutes les catégories de la population concernées dès lors qu'elle permet :

- au citoyen directement préjudicié d'obtenir plus facilement une réparation sur le plan civil, eu égard à l'autorité «absolue» de la chose jugée au pénal⁹⁹;
- au citoyen qui consacre sa vie aux affaires publiques de ne pas être nécessairement le seul à être poursuivi devant le juge pénal et d'invoquer au besoin la cause d'excuse absolutoire prévue par l'article 5 du Code pénal;
- aux citoyens en général de ne pas subir une diminution des moyens publics mis en œuvre pour réaliser une série de politiques données dans des matières déterminées selon la collectivité concernée;
- aux citoyens en général, aussi, de voir les pouvoirs publics mieux contrôlés dans l'exercice du pouvoir (encore que, de ce point de vue, l'immunité n'emporte pas une véritable impunité puisque l'immunité pénale actuelle des collectivités publiques ne porte pas atteinte à la responsabilité pénale des personnes physiques au sein de ces collectivités);
- aux citoyens en général, encore, de voir ménager le caractère préventif de l'incrimination dans la mesure où, en pratique, chaque collectivité veillera à éviter une déclaration de culpabilité qui n'est en effet bonne ni sur le plan symbolique¹⁰⁰ ni du point de vue politique, que ce soit pour la collectivité elle-même ou pour le personnel politique, dont l'évaluation du mandat s'en trouvera affectée;

(98) Déjà «condamnés» à souffrir une discrimination de fait en matière financière, pour la plupart, il ne faut pas y ajouter une responsabilité plus grande ni projeter sur eux des attentes non conformes à la condition humaine. Rappr. M. NIHOUL, *o.c.*, *Droit communal*, 2002, n° 22, pp. 257 et 258.

(99) Sous réserve des situations dans lesquelles le procès pénal réduit au contraire les chances d'obtenir réparation de par une appréciation distincte de la faute au pénal et au civil.

(100) Rappr. M. FAURE et D. ROEF, *o.c.*, *R.W.*, 1995-1996, p. 427, n°s 37 et 38; D. ROEF, *o.c.*, *T.M.R.*, 1997, p. 101 et *in o.c.*, 1999, p. 164; H. VAN DRIESSCHE, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, p. 840, n° 46.

– aux citoyens, enfin, de voir la Constitution mieux respectée, non seulement eu égard aux principes d'égalité et de non-discrimination, mais aussi par rapport aux quelques immunités procédurales limitées qui y figurent, outre celle plus complète relative à la personne du Roi, immunités afférentes à la fonction exercée par une série de personnes politiques et dont on peut aisément conclure, par conséquent, selon une formule devenue familière en matière de responsabilité civile des pouvoirs publics, qu'aucun texte constitutionnel ni aucun principe général ne s'oppose en Belgique à la responsabilité pénale des collectivités publiques¹⁰¹. A l'inverse, même, et par combinaison, les principes d'égalité et de non-discrimination y invitent expressément¹⁰².

En somme, le législateur et la Cour d'arbitrage ont eu vite fait de proclamer l'immunité pénale des collectivités publiques sans faire preuve de beaucoup d'imagination, jusque dans la manière de (tenter de) la justifier. Ils ont manifestement décidé d'évacuer le problème. En témoigne la formule choque selon laquelle «il y a plus d'inconvénients que d'avantages» à traiter de manière égale toutes les personnes morales, assénée comme une Vérité, sans autre forme de justification.

La solution ici proposée paraît plus nuancée, plus proportionnée et plus conforme aux attentes de chacun. Elle est aussi en parfaite symétrie par rapport à la jurisprudence de la Cour de cassation qui précédait la loi du 4 mai 1999 et selon laquelle il est bel et bien possible de faire encourir une responsabilité pénale à une personne morale comme l'Etat, mais peut-être pas de lui appliquer les peines telles que prévues – à l'époque – par le Code pénal¹⁰³. La solution est encore préférable à des solutions procédurales inspirées des articles 59 et 103 de la Constitution¹⁰⁴ mais qui, prises isolément, ne permettraient pas de résoudre les objections de fond liées à l'efficacité des peines et qui, cumulées avec celles proposées, la rendraient sans doute discriminatoire eu égard à la protection juridique affaiblie du citoyen. La solution est, enfin, plus respectueuse de la situation en droit

(101) Rappr. M. FAURE et D. ROEF, *o.c.*, *R.W.*, 1995-1996, p. 426, n° 32.

(102) Pour rappel, l'immunité pénale des collectivités publiques discrimine non seulement les autres personnes morales, mais aussi les personnes physiques qui gèrent au quotidien les affaires publiques de ces collectivités. Rappr. M. FAURE et D. ROEF, *o.c.*, *R.W.*, 1995-1996, p. 426, n° 32; D. ROEF, *o.c.*, *T.M.R.*, 1997, pp. 98, 99 et 102 ainsi que *in o.c.*, 1999, pp. 157 (une discrimination difficile à comprendre), 159 et 169; H. VAN DRIESSCHE, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, n° 41, p. 839, suivie par T. DE GENDT, *o.c.*, 2001, p. 31.

(103) *V. supra*, II, B, 1 et note 25.

(104) L'on pourrait en effet songer à réserver les poursuites au Procureur général, c'est-à-dire limiter les personnes compétentes pour poursuivre les collectivités publiques, ou encore à exclure le procédé de la citation directe lorsque ces collectivités sont concernées en tant qu'auteur probable d'une infraction.

comparé qui plaide en défaveur d'une immunité totale, tant au sud qu'au nord, pour se limiter aux deux pays limitrophes habituellement pris comme référence¹⁰⁵. Même en France, dont la tradition, jusqu'ici, est plutôt perçue comme étant favorable aux privilèges et par conséquent la source d'une influence parfois néfaste sur le droit belge à cet égard, l'immunité est réservée à l'Etat central, à l'exclusion des autres entités territoriales^{106,107}.

Conclusion

«Comment sera perçue par les associés d'une collectivité condamnée, l'absence de poursuites, dans un cas identique, à l'égard d'un groupement non punissable?», se demandait Robert LEGROS en 1985, dans son avant-

-
- (105) La plupart des auteurs, auxquels on renvoie sur ce point, analysent dans ce sens les droits français et hollandais. V. M. FAURE et D. ROEF, *o.c.*, *R.W.*, 1995-1996, p. 425, n^{os} 25 à 29 (les auteurs engagent à aller plus loin dans le sens d'aucune immunité); F. DERUYCK, *o.c.*, 1996, pp. 175 à 193, n^o 222 à 231, *in o.c.*, 1998, n^o 14, pp. 130 et 131 et p. 133, n^o 16 ainsi que *in o.c.*, 1999, pp. 38 à 40, n^{os} 6 à 9; D. ROEF, *o.c.*, *T.M.R.*, 1997, pp. 92 à 97 et *o.c.*, 1999, pp. 136 à 157; G. STESSENS, *o.c.*, *V&F*, 1999, p. 226; P. TRAEST, *o.c.*, *T.R.V.*, 1999, p. 456; A. DE NAUW et F. DERUYCK, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, pp. 899 et 890; H. VAN DRIESSCHE, *o.c.*, *R.W.*, 1999-2000, p. 841, n^{os} 58 et 59; S. VAN GARSSE, *o.c.*, *C.D.P.K.*, 2000, n^o 5, p. 349.
- (106) En France, seul l'Etat – et non ses démembrements – est exonéré de responsabilité par l'article 121-2 du nouveau Code pénal français, depuis 1992. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. Aux Pays-Bas, l'immunité totale de l'Etat et partielle des personnes morales de droit public (dans la mesure de l'exercice d'une tâche liée à l'autorité – een overheidstaak –) est une solution jurisprudentielle dégagée par le *Hoge Raad* malgré le prescrit de l'article 51.1 du nouveau Code pénal («strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen»). Dans la mesure où le principe même de la responsabilité pénale des personnes morales a été suscité au niveau européen dans le cadre de la lutte contre le crime organisé, on peut regretter que les Etats membres ne se soient pas entendus pour régler de commun accord le sort des collectivités publiques ou des personnes morales de droit public. Il n'est toutefois pas trop tard pour bien faire et, le cas échéant, il n'est pas exclu que le critère des activités de puissance publique soit retenu, comme en matière d'accès aux emplois publics. Il ne devrait toutefois s'agir, le cas échéant, que d'un critère maximum.
- (107) Or, il semble qu'en France, ce soit par un effet de contagion impliqué par le principe d'égalité – par voie d'amendements, mais sans consultation du Conseil constitutionnel sur ce point, étonnamment – que la responsabilité pénale des personnes morales de droit public, à l'exception de l'Etat, a été votée. V. la critique d'E. PICARD, *o.c.*, *Rev. Sociétés*, 1993, pp. 263 à 287. Rem. le titre éloquent, eu égard au critère démocratique, de l'article écrit par J.-P. PERRIER *in Rev. Sc. Crim.*, 1983, p. 395 et *Rev. Pénit.*, 1983, p. 229, avant la loi de 1992: «Une grave lacune de notre démocratie: l'irresponsabilité pénale des personnes administratives».

projet de Code pénal¹⁰⁸. Assurément mal, comme en témoigne la question préjudicielle à l'origine de l'arrêt commenté. D'autant plus mal lorsque l'entité non punissable est une autre collectivité, certes publique, mais collectivité quand même, et fonctionnellement comparable. En l'espèce, pour rappel, une s.p.r.l. poursuivie faisait valoir qu'elle exerce une activité de brasserie et que des personnes morales de droit public peuvent être engagées dans des activités similaires sans risquer d'être poursuivies pénalement.

A noter que, sur ce point précis, la réponse de la Cour d'arbitrage ne présentait pas un réel intérêt pour la s.p.r.l. – à savoir pour la solution du litige – puisqu'une discrimination constatée n'aurait certainement pas eu pour effet de lui étendre l'immunité publique. Aujourd'hui, Cour de cassation et Conseil d'Etat sont d'ailleurs d'accord pour considérer que, dans une telle occurrence, il n'y a même pas lieu de poser une question préjudicielle¹⁰⁹. L'occasion est ainsi donnée de souligner que tous n'auront pas intérêt, demain, à contester la discrimination dénoncée; mais seulement ceux qui s(er)ont directement affectés dans leur responsabilité pénale – en particulier les hommes politiques, les fonctionnaires, plus généralement tous les agents des collectivités immunisées.

L'immunité pénale ne plonge pas le citoyen qui serait victime d'une infraction commise par une collectivité publique dans l'absence d'un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La voie civile lui est ouverte et, du reste, l'article 6 de la même convention ne formule des garanties en matière pénale qu'en faveur de l'accusé. Ce sont plutôt les articles 10 et 11 de la Constitution qui sont malmenés par l'immunité «constitutionnellement incorrecte» et force est de constater que la Cour d'arbitrage n'a pas su utiliser les mots qu'il fallait pour convaincre de la légitimité de celle-ci. Au contraire, il semble que la Cour se soit montrée très indélicate, d'une part, en invoquant une exception très symbolique, le contrôle politique exclusif, utilisée jadis pour couvrir l'arbitraire administratif, et, d'autre part, en «snobant» purement

(108) R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal*, ministère de la Justice, 1985, p. 130.

(109) Ceci en violation de l'article 26, §2, al. 3, 2°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, constitutive d'un «dénier de renvoi préjudiciel», selon l'expression déjà formulée in «La Cour de cassation a-t-elle commis un 'dénier de renvoi préjudiciel' à l'occasion de l'affaire I.N.U.S.O.P.?», *R. Cass.*, 1996, pp. 205 à 230. Concernant les lacunes de la loi que les juridictions sont impuissantes à combler, v. *Cass.*, 28 avril 1999, *Pas.*, 1999, I, 587, *Arr. Cass.*, 1999, 570, *R.W.*, 1999-2000, p. 1133 et note P. POPELIER, «Lacunes in de wetgeving: het Hof van Cassatie versus het Arbitragehof» ainsi que CE, RAEPERS, n° 100.559, 7 novembre 2001, *Droit communal*, 2002, p. 284.

et simplement une doctrine abondante sur un sujet pourtant très sensible au regard de la démocratie belge. Exonérer de la sorte cette «catégorie de délinquants»¹¹⁰ que sont les collectivités publiques revient à préférer à l'anthropomorphisme une certaine forme de sacralisation du public ou de dogmatisme. Voilà qui apportera sûrement de l'eau au moulin de ceux qui pensaient déjà que la loi, dans son principe, en établissant la responsabilité pénale de personnes morales, opérait un retour à l'Ancien régime qui connaissait la responsabilité pénale des groupements et des cadavres: une sorte de «nouveau moyen âge», selon l'expression d'Alain MINC¹¹¹, où réapparaissent désormais consacrés d'anciens privilèges.

C'est donc contre toute attente que la Cour d'arbitrage a décidé, ce 10 juillet 2002, de valider la conception du législateur fédéral selon laquelle certaines personnes morales de droit public doivent bénéficier d'une immunité au motif qu'elles sont chargées d'une mission politique essentielle et qu'elles disposent d'un organe démocratiquement élu. Une abondante doctrine s'était en effet élevée contre l'immunité pure et simple justifiée par un argument traditionnel comme celui de l'élection ou de la responsabilité politique. Il ne peut pas être écarté, à cet égard, que le mouvement de repli réalisé par la Cour trouve une part d'explication dans l'impertinence des plaideurs qui s'est récemment cristallisée dans l'explosion du contentieux de la responsabilité civile des pouvoirs publics¹¹² ou à l'occasion de dossiers médiatiques¹¹³ comme ceux de l'arriéré judiciaire¹¹⁴ ou de la gestion de l'aéroport de Bierset¹¹⁵.

L'on en veut pour indice que l'arrêt n° 128/2002 de la Cour d'arbitrage ne constitue pas seulement une régression dans l'histoire du contrôle des

(110) Pour utiliser une expression de J. MESSINNE, *in o.c.*, 2000, p. 284 et *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 645.

(111) A. MINC, *Le nouveau moyen âge*, Paris, Gallimard, 1993.

(112) A cet égard, v. les auteurs cités supra, note 63, sp. *Overheidsaansprakelijkheid* (actes de colloque), K.U.Leuven, 24 mai 2002, 216 pp.

(113) Rappr. J. MESSINNE, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 643 où l'auteur soutient qu'à prendre à la lettre le dispositif imposé aux personnes morales de droit privé, il est à craindre que l'Etat belge soit poursuivi pour homicides par imprudence et non-assistance à personnes en danger dans l'affaire DUTROUX ... De la sorte, il brandit lui-même le spectre d'une responsabilité sans limites.

(114) Concernant l'arriéré judiciaire, rem. H. VUYE et K. STANGHERLIN, «L'Etat belge responsable de l'arriéré judiciaire ... et pourquoi (pas)? Observations sur la responsabilité des pouvoirs publics en droit belge», *R.G.D.C.*, 2002, pp. 18 à 26; «Justice rétive, justice fautive: que faire contre l'arriéré judiciaire?», *R.G.D.C.*, 2002, numéro à thème, pp. 487 à 558.

(115) A paraître sur le sujet: H. VUYE, «Over vliegtuigen, luchthavens, lawaaihinder, milieuhinder en mensenrechten ... welke rechtsbescherming bieden art. 8 E.V.R.M. en art. 22 Grondwet?», *R.G.D.C.*, 2003.

actes de l'autorité publique. Il est aussi profondément contradictoire avec l'intention affichée et plusieurs fois confirmée par le pouvoir politique de faire des juges pénaux belges des juges universels directement impliqués dans la politique internationale... Ne sont-ce pas là, plus encore, des combats qui doivent être traités par la voie politique ou diplomatique? Il nous paraît difficile de vivre sereinement avec une incohérence aussi manifeste! Mais il est exact que la Cour d'arbitrage ne s'est pas (encore) prononcée à cet égard...

Nul doute que la Cour d'arbitrage sera à nouveau saisie, sous peu, de questions préjudicielles similaires, voire identiques, à celle à l'origine de l'arrêt 128/2002 et gageons, le cas échéant, que la Cour aura le courage de remettre en cause sa jurisprudence ou de l'affiner au gré des questions préjudicielles et de leur libellé. A moins qu'entre-temps, le législateur ne rétablisse (de) lui-même l'égalité entre les personnes morales par une loi de réparation¹¹⁶? C'est qu'il ne faut jamais perdre de vue que la marge d'appréciation de la Cour d'arbitrage, en tant que juridiction, est moins grande que celle du législateur qui reste l'auteur des discriminations.

Marc NIHOUL,
Chargé de cours aux F.U.N.D.P. de Namur,
Directeur du centre Projucit (Protection juridique du citoyen,
centre de recherche fondamentale: www.projucit.be),
Avocat au barreau de Bruxelles

(116) Le concept de «reparatiewet» est utilisé par G. STESENS, *o.c.*, *V&F*, 1999, p. 238.